

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bygg under oppføring – fisjon med påfølgende aksjesalg

Kandidatnummer: 584

Leveringsfrist: 25. april 2015 kl. 12:00

Antall ord: 13 510



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Videre fremstilling	3
2	DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKT OG UNNTAKENE.....	4
2.1	Beskatning av gevinst.....	4
2.2	Skattefri fisjon	4
2.3	Fritaksmetoden	5
2.4	Fisjon med påfølgende aksjesalg.....	6
3	TRANSAKSJONEN.....	6
3.1	Eksempel 1- Eksisterende anleggsmiddel med påfølgende aksjesalg.....	7
3.2	Eksempel 2- Nyoppført anleggsmiddelet med påfølgende aksjesalg.....	8
3.2.1	Parter i transaksjonen	8
3.2.2	Gjennomføring av transaksjonen	9
3.2.3	Risikofordeling mellom partene	11
4	SKATTERETTSLIG VURDERING.....	14
4.1	Faktumavklaring etter lignl. § 8-1?	15
4.2	Pro forma-betraktninger	17
5	ULOVFESTET GJENNOMSKJÆRING.....	18
5.1	Innledning.....	18
5.2	Normens innhold	19
5.3	Vurderingen i vårt tilfelle	22
5.3.1	Gjenstand for vurderingen	22
5.3.2	Grunnvilkåret	22
5.3.3	Totalvurderingen.....	24
5.3.4	Vil det stride mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn?.....	30
5.3.5	Alternativer tilordninger	35
5.3.6	Konklusjon for vårt tilfelle.....	36
6	KONSEKVENSER VED GJENNOMSKJÆRING	36

7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	38
8	KILDEREGISTER	40
8.1	Lover	40
8.2	Lovforarbeider	40
8.3	Domsregister	40
8.4	Rundskriv og vedtak	40
8.5	Litteraturliste	41
8.6	Nettdokument	41
8.7	Annet	42
LITTERATURLISTE.....		FEIL! BOKMERKE ER IKKE DEFINERT.

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

I forbindelse med oppføring og salg av anleggsmidler er det i dag en utbredt bruk av kompliserte kontrakter¹. Hensikten er å overføre anleggsmiddelet fra det selgende selskapet til kjøperselskapet på en måte som gjør at gevinsten ved salget ikke blir gjenstand for umiddelbar beskatning. I dette henseende er det blant annet for næringseiendommer blitt utviklet standardmaler som kan finnes hos Forum for Næringsmeglere². Anleggsmiddelet fisjoneres ut i single-purpose-selskaper, og det er aksjene i dette selskapet som tilsynelatende er gjenstand for overdragelse. På denne måten oppnår det selgende selskapet en form for skattekreditt som følge av fritaksmetoden. Beskatning på 27% forblir en latent skatt, helt til selger tar gevinsten ut av selskapet for eksempel i form av utbytte til aksjonærer. Hadde selger solgt anleggsmiddelet direkte til kjøper, hadde gevinsten blitt tidfestet det året salget fant sted.

Det er denne typen transaksjoner, samt de skatterettslige spørsmål som oppstår i denne forbindelse som vil være tema for oppgaven.

Temaet er interessant fordi skatt i utgangspunktet utgjør en stor kostnad i næringslivet ved realisasjon. Det er naturlig at det rasjonelle næringsliv kontinuerlig vil forsøke å holde kostnader til et minimum, noe som også vil si å søke løsninger som minimerer skattekostnadene, såkalt skatteplanlegging, som ligger innenfor de skatterettslige rammer. I 2004³ ble fritaksmetoden innført, og det er denne metoden sammenholdt med reglene om skattefri fisjon som i dag anvendes av selskaper for å realisere eiendeler og unngå umiddelbar gevinstbeskatning.

Av åpenbare grunner må det også foreligge klare regler for hvor grensen mellom akseptabel og lovlig skatteplanlegging slutter, og vi er over i området for uakseptabel skatteomgåelse. Foruten lovtekst har det gjennom rettspraksis og juridisk teori oppstått en ulovfestet gjennomskjæringsnorm som fungerer som en sikkerhetsventil for transaksjoner som sprenger grensene for akseptabel skatteplanlegging. Det er hovedsakelig anvendelse av gjennomskjæringsnormen som vil bli tillagt vekt i oppgaven når det skal undersøkes om transaksjonene sprenger grensene for skatteplanlegging. Det vil likevel også bli undersøkt om andre grunnlag for å

¹ Vedlegg 1: "Gode lånevilkår med forward-transaksjoner"

² "Setter standarden for forward"

³ <http://no.wikipedia.org/wiki/Fritaksmetoden>

beskatte transaksjonsskjeder som er i det mest aggressive slaget kommer til anvendelse. Under den skatterettslige vurderingen er det i utgangspunktet den privatrettslige disposisjonen som skal legges til grunn. Likevel kan den oppfattes å være en annen skatterettslig enn privatrettslig.

Oppgavens tema er generelt et resultat av at skattereglene gjennomsyrrer næringslivets planlegging av transaksjoner, og spesielt fordi nevnte type transaksjoner er svært praktisk i dagens næringsliv. Ved salg av anleggsmidler er det ofte snakk om store verdier som overføres, og spesielt for eiendom her i Norge er det som regel gevinst involvert i slike overdragelser. Videre er det nylig avsagt dom i Høyesterett som omhandler temaet, den såkalte Conocco-Philips II dommen, Rt. 2014-227. Saken er egnet til å belyse spørsmål som kan oppstå i forbindelse med denne typen transaksjoner. Selv om dommen er svært konkret, tar Høyesterett for seg generelle betraktninger om fisjon med påfølgende aksjesalg, fritaksmetoden og gjennomskjæringsnormens eventuelle anvendelse i slike tilfeller.

1.2 Problemstilling

Spørsmålet er om den praksisen som har utviklet seg ved bruk av skattefri fisjon med påfølgende aksjesalg og skattefri kapitalgevinst er helt problemfri i forhold den skatterettslige vurderingen av gevinsten som tas ut i form av aksjegevinst. Ved hjelp av kompliserte kontrakter klarer selskaper å unngå umiddelbar gevinstbeskatning av noe som tilsynelatende er en overdragelse av et anleggsmiddel, ved å bruke selskaper og overdragelse av aksjer i eierselskapene fremfor å selge gjenstanden direkte.

Det er klart at slike transaksjoner kan skje på ulike måter. Det er ulike former for skattefri fisjoner som kan finne sted, anleggsmiddelets posisjon i forhold til tredjeparter kan være ulik (leietakere, panthavere etc.), samt ulike kontrakter for hvordan overføringen av aksjene skal skje. Dette medfører at når slike transaksjoner skal undersøkes må man være observant på at selv om transaksjonene kan ha et ytre preg av likhet, kan de ved nærmere undersøkelse inneholde svært spesifikke ordninger og ulike detaljreguleringer som kan medføre at tilnærmet like tilfeller får ulike skatterettslige konsekvenser.

Det er uansett klart at det både formelt og reelt skjer en fisjon og en aksjeoverdragelse ved denne typen transaksjoner. Det oppgaven skal undersøke er hva som skattemessig må anses for å være omfattet av aksjesalget. Kan det tenkes vederlaget fra kjøper foruten kjøp av aksjer også må anses for å være vederlag for kjøp av anleggsgjenstand? Hvilke transaksjoner er skattemessig kurant, og hvilke transaksjoner kan bli ansett for å være forsøk på omgåelse? Om dette er tilfellet blir spørsmålet videre hvordan gevinsten av den delen som utgjør eiendoms- overdragelse skal tilordnes skattesubjektene.

1.3 Avgrensninger

Det er mest praktisk å anse selskapene som er involvert i overdragelsen som aksjeselskaper og oppgaven vil ta utgangspunkt i overdragelse av fast eiendom.

Oppgaven vil ta for seg næringsbygg som er under tilvirkning, og transaksjonene som finner sted i forbindelse med dette.

Likevel vil en god del av materialet som presenteres i den skatterettslige vurderingen omhandle anleggsmidler som allerede er tilvirket og som har vært i direkte eller indirekte eie hos selger, som aktiva i selgerselskapet eller som aktiva i et datterselskap. Det vil derfor være naturlig å kort gi et slikt eksempel til illustrasjon av en slik situasjon som kan tjene som et sammenligningsgrunnlag i forhold til oppgavens utgangspunkt. Det er kun de skatterettslige spørsmålene som skal behandles, nærmere bestemt gevinstbeskatning. Oppgaven vil også kun omfatte skatterettslige problemstillinger som oppstår i forhold til norsk skatterett.

1.4 Videre fremstilling

I oppgavens del 2 vil de rettslige utgangspunkt for beskatning av anleggsmidler ved realisasjon kort behandles. Videre vil det bli forklart hvordan det kan gjøres ulike former for såkalt skattefri fisjoner, samt hva dette innebærer og det vil bli redegjort for fritaksmodellen, og hvordan disse to i kombinasjon kan brukes for å unngå umiddelbar beskatning av gevinst ved salg av anleggsmiddel.

I del 3 vil det bli forklart hvordan transaksjonen kan gjennomføres rent praktisk. Her vil det bli presentert to ulike transaksjonskjeder for å gjennomføre fisjon med påfølgende aksjesalg. Oppgaven vil konsentrere seg om den måten som blir presentert under 3.2, som gjelder bygg under oppføring. Her vil ulike ansvarsforhold mellom de involverte parter bli undersøkt for å kartlegge hvilke obligasjoner aktørene pådrar seg.

I del 4 den skatterettslige vurderingen av disposisjonen bli vurdert. Oppgavens hovedfokus ligger på ulovfestet gjennomskjæring, og er derfor skilt ut i en egen del 5. I oppgavens del 6 vil eventuelle konsekvenser ved gjennomskjæring behandles, og i del 7 vil det bli gjort noen avsluttende bemerkninger omkring oppgavens tema.

2 De rettslige utgangspunkt og unntakene

2.1 Beskatning av gevinst

Det følger av sktl.⁴ § 5-1 (1), videre (2) at ”realisasjon av formuesobjekter” anses som skattepliktig inntekt. For virksomheter presiseres det videre i sktl. § 5-30 blant annet at gevinst ved realisasjon av formuesobjekter i virksomhet også anses for skattepliktig fordel. Gevinsten utgjør differansen ”mellom formuesgjenstandens utgangsverdi og inngangsverdi”⁵. Dette er norsk skatterett sin hovedregel og rettslige utgangspunkt. I vårt tilfelle tilsier det at så vel salg av aksjer og/eller salg av anleggsmidler med gevinst i utgangspunktet medfører beskatning. Også ved fisjon skjer det i utgangspunktet en realisasjon av eiendeler som etter hovedregelen skulle medført beskatning, til og med hvor fisjoneringen skjer innen samme konsernstruktur.

Fra disse utgangspunktene eksisterer det i dag ulike unntak som medfører fritak fra umiddelbar beskatning både når det gjelder fisjon og når et aksjesselskap realiserer aksjer.

2.2 Skattefri fisjon

Et ønske i skattepolitikken er å ikke skape regler som skaper unødvendig ineffektivitet på det samfunnsøkonomiske plan. Når det gjelder næringslivet er det et sterkt ønske om at disse i utgangspunktet burde få organisere seg på en måte som til enhver tid er mest effektiv. Om dette skulle være i en konsernstruktur eller i en ett-selskapsstruktur burde i utgangspunktet være opp til bedriften selv. Å indirekte påtvinge et selskap den ene eller andre måten å organisere seg kan medføre uønskede innlåsnings-effekter hva gjelder disponering av ressurser. Av denne grunn burde det være en likestilling mellom hvilken struktur et selskap velger å organiserer seg i såfremt selskapsformen er lik. Det ønskelige er at selskapet gis muligheten til å strukturere seg på

”...den til enhver tid mest hensiktsmessig ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger.
Dette er hovedbegrunnelsen for å skjerme slike transaksjoner fra beskatning”⁶.

Sitatet følger av forarbeidene til skattelovens regler for skattefri fisjon, se sktl. kap. 11. Det kan også påpekes at før ikrafttreddelsen av reglene hadde Høyesterett akseptert skattefri fisjon av hensyn til effektivitet i næringslivet, jfr. Rt. 1978 s. 1184 Grecon-dommen:

⁴ Lov 26 mars 1999 nr. 14 (heretter sktl.)

⁵ Skatterett for næringsdrivende, s. 328

⁶ Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 28

”Ved skattemessig fisjon skjer det en deling av selskapet i flere enheter”⁷.

Det er reglene i sktl. kap. 11 sammen med reglene om fisjon i asl⁸. og asal⁹. (begge kap. 14) som må følges for at fisjonen skal anses for å være såkalt skattefri. Her er poenget at fisjon kan gjennomføres med skattemessig kontinuitet, jfr. sktl § 11-7. Det er altså ikke snakk om et absolutt skattefritak, men mer korrekt en utsettelse av skatt.¹⁰

Skattemessig kontinuitet vil si at dersom det overføres eiendeler fra et overdragende selskap til et overtakende selskap kan denne overføringen skje uten at skatteposisjonene til objektene forrykkes, forutsatt at de overnevnte regler blir fulgt. Dette blir da en ordning som må anses som et unntak fra hovedregelen om at enhver gevinst ved realisasjon av formuesgoder er skattepliktig.

I forhold til vår oppgave er følgende fisjoner av interesse:

1. Et selskap har en eiendel de ønsker å selge, og etablerer et nystiftet selskap hvor eiendelen enten overføres eller tilvirkes, og aksjene i det overtakende selskapet selges i nær tid etter fisjonen.
2. Selskapet utfisjonerer eiendelen i et selskap, og selger aksjene i det overtakende selskapet etter noe tid (år).

I forhold til disse to måtene å fisjonere med etterfølgende aksjesalg av overtakende selskap, kan det tenkes at det opprinnelige selskapet gjør det motsatte av det som er beskrevet: De utfisjonerer hele virksomheten bortsett fra eiendeler de ønsker å selge, og selger deretter det overdragende selskapet (det opprinnelige selskapet) som nå kun består av eiendeler som ønskes solgt.

De ulike måtene å fisjonere på med videre aksjesalg kan syntes å være noe like, eller uten særlig betydning. Senere i oppgaven vil konsekvenser av måten en fisjonering skjer på, hvilke aksjer som blir solgt, og den tidsmessige nærheten mellom fisjonen og aksjesalget behandles grundig.

2.3 Fritaksmetoden

Når et selskap eier aksjer og mottar utbytte, eller eier aksjer og selger dem med gevinst vil begge deler medføre en inntekt for selskapet. Dette vil medføre et økt resultat for selskapet

⁷ Skatterett for næringsdrivende, s. 688.

⁸ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

¹⁰ Norsk bedrifts-skatterett, s. 806

som igjen vil være til fordel for aksjonærene i topp-selskapet, for eksempel i form av muligheter for økt utbytte. Dersom topp-selskapet (heretter morselskapet) må skatte av kapitalinntekten fra datterselskapet, og aksjonærene igjen måtte skattet av samme inntekt når de får det som utbytte hadde dette medført en dobbeltbeskatning av samme inntekt. Dersom selskapsrekken hadde bestått av flere vertikale selskaper og utbytte skulle blitt beskattet fullt og helt i hvert selskap hadde vi fått kjedebeskatning. I forhold til hovedregelen om inntekt og gevinst i skatteloven skulle slik dobbeltbeskatning og kjedebeskatning funnet sted.

Med skattereformen i 2004-06 ble det lovfestet en ordning som skulle begrense dobbeltbeskatning og eliminere kjedebeskatning¹¹. Dette blir da å regne som en unntaksregel fra hovedregelen.

Det følger av regelen i sktl. § 2-38 at blant annet aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er fritatt for beskatning av aksjeutbytte og gevinst ved salg av aksjer. Motstykket til dette er at tap ved salg av aksjer ikke er fradragsberettiget. Også her er ønsket at valg av selskapsstruktur ikke skal virke hemmende for næringslivet. Ved aksept for kjedebeskatning ville dette virket diskriminerende av for eksempel vertikale konsernstrukturer når det gjelder beskatning.

2.4 Fisjon med påfølgende aksjesalg

Et selskap som har en eiendel de ønsker å selge kan altså overføre den til et overtakende selskap med skattemessig kontinuitet etter reglene i sktl. kap. 11 og deretter selge aksjene i selskapet og med fritaksmetoden unngå umiddelbar beskatning av gevinst.

Motsetningsvis kan han realisere aktiva med potensielt tap gjennom direkte salg av gjenstanden og slik få fradrag for tapet. Asymmetrien som her kan oppstå er diskutert i forarbeidene til fritaksmetoden, men departementet fremmet ingen konkrete forslag for å motvirke dette.¹² Anders H. Liland konkluderer med at ”lovgiver er altså innforstått med denne asymmetrien”. Etter min mening må dette være riktig, og de må videre ha akseptert at asymmetri kan finne sted ved å forholde seg avventende og se hvordan utviklingen går videre.

3 Transaksjonen

¹¹ Bedrift, selskap og skatt, s. 345

¹² Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) avsnitt 6.5.6.5 side 79

Denne delen vil brukes til å belyse hvordan en transaksjon kan utarte seg i det praktiske liv. I punkt 3.1 vil en form for fisjon med påfølgende aksjesalg kort beskrives. Her er allerede anleggsgjenstanden tilvirket og har vært i eie hos selger noe tid (år).

I punkt 3.2 vil det gjøres en grundig redegjørelse for en transaksjon hvor en eiendom skal tilvirkes med tanke på videresalg. Her er det forsøkt å finne en balanse mellom å generalisere et tiltenkt eksempel, men samtidig gjøre det konkret nok til at det kan tjene som et praktisk tilfelle som kan brukes videre i oppgavens besvarelse av problemstillingen. Utgangspunktet for det tiltenkte eksempelet er en utarbeidet standardkontrakt, ”MEGLERSTANDARD ”Egentlig forward”- nr. 1 12/12”¹³. Standarden er omfattende, og en behandling av alle forhold standarden regulerer ligger utenfor oppgaven. Det er av den grunn kun behandlet de forhold som kan være av betydning for oppgavens problemstilling.

Poenget med å stille opp to ulike scenario er at de kan tjene til sammenligning senere i oppgaven når man skal vurdere hvor en eventuell grense går for hva som må antas å være for aggressiv bruk av fisjon med påfølgende aksjesalg.

3.1 Eksempel 1- Eksisterende anleggsmiddel med påfølgende aksjesalg

Her er situasjonen at et selskap ønsker å avhende en eiendom som har vært i selskapets besittelse gjennom noe tid. Når det er snakk om betydelige anleggsmidler er det ikke uvanlig at disse legges i egne selskaper, blant annet med tanke på dokumentavgift og fremtidig realisasjon. Momenter for å legge anleggsmidler i eget selskap vil bli behandlet mer grundig under punkt 5.3.3. Måten dette gjøres på er typisk fisjon av eiendelen ut i datterselskap, eller fisjon av morselskapet ut i nytt selskap, og eiendelen står igjen i det opprinnelige selskapet. Når gjenstanden skal selges, er det aksjene som overdras, ikke eiendelen.

Hvis dette er eiendom vil da datterselskapets typiske oppgaver være å drifte og eventuelt leie ut eiendommen. Datterselskapet vil i så tilfelle bedrive virksomhet og skape inntekt på egen hånd, noe som ikke nødvendigvis er tilfellet i neste eksempel. Når anleggsmiddelet ønskes realisert av morselskapet, er det aksjene i eiendomsselskapet/datterselskapet som selges, og ikke eiendommen. Kjøper blir da eier av selskapet som eier eiendommen. Videre blir ikke morselskapet/selger umiddelbart gevinstbeskattet som følge av fritaksmetoden.

¹³ MEGLERSTANDARD ”Egentlig forward”- nr.12/12”
<https://www.google.no/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=meglerstandard%20egentlig%20forward>

3.2 Eksempel 2- Nyoppført anleggsmiddelet med påfølgende aksjesalg

3.2.1 Parter i transaksjonen

I utgangspunkt er det tre involverte aktører¹⁴. Det er en "Selger" som vil realisere et formuesobjekt, "Selskapet" hvor formuesobjektet utfisjonerer, samt en "Kjøper" som ønsker å erverve formuesobjektet.

Det noe spesielle med dette eksempelet er at selger også skal tilvirke bygget som deretter skal selges.

I forhold til meglerstandarden eksempelet tar utgangspunkt i, fremgår ikke overnevnte typesituasjon eksplisitt, og i næringslivet er det ikke alltid slik at selger også er tilvirker. Eksempelet forekommer likevel, og kan ikke ansees for å være upraktisk.

"Selger" (forkortes heretter TS)

Det er dette selskapet som eier aksjene i selskapet som overdras til "Kjøper". Det er således selger av aksjene i eierselskapet når transaksjonen er kommet i gang.

Det er også dette selskapet som skal tilvirke eiendommen som enda ikke er bygget. Dette selskapet er typisk et entreprenørselskap. I tillegg til å være selger av aksjer fungerer også selskapet som tilvirkningsselskap av eiendommen og har altså to ulike roller i transaksjonen.

Pga. selskapet sin dobbeltrolle var det ikke selvsagt hva selskapet skulle omtales som videre i oppgaven. Valget falt likevel ned på å omtale dette selskapet som tilvirkningsselskapet (forkortet TS) for å understreke at det også er tilvirker, og ikke utelukkende kun selger.

"Kjøper" (forkortes heretter K)

Det er dette selskapet som ønsker å erverve anleggsmiddelet. Dette gjøres ved å kjøpe aksjene i eierselskapet fra tilvirkningsselskapet (TS).

"Selskapet" (forkortes SP)

Dette er et selskap som opprettes (resultatet av fisjon), og er et single-purpose selskap. Som det ligger i navnet er dette et selskap som kun har et formål. I dette eksempelet er det å eie og evt. leie ut anleggsgjenstanden som skal tilvirkes. Det omtales derfor ofte som eierselskapet

¹⁴ MEGLERSTANDARD punkt 1.

eller eiendomsselskapet. Det er aksjene i dette selskapet som overdras når kjøper erverver aksjer fra tilvirkningsselskapet¹⁵.

3.2.2 Gjennomføring av transaksjonen

Fødselen for en transaksjon av denne typen er vanligvis at K ønsker å erverve et anleggsmiddel, eller TS som besitter ressursene for å tilvirke et anleggsmiddel, typisk en tomt og tilvirkningsmuligheter, ønsker å avhende et fremtidig prosjekt. Disse partene finner hverandre gjerne via en megler eller lignende. TS oppretter deretter et single-purpose selskap, SP, som skal fungere som eier av tilvirkningsgjenstanden. TS er eneeier av dette selskapet. Selskap TS kan gjøre dette enten gjennom et eget holdingselskap¹⁶ eller direkte gjennom TS. I oppgaven forutsettes det for enkelthetens skyld at SP er direkte datterselskap av TS.

Nyopprettede selskap SP har på dette tidspunktet ikke ansatte og ingen økonomiske midler utover innskutt aksjekapital fra TS. Av øvrige eiendeler har SP mottatt tomten bygget skal tilvirkes på gjennom skattefri fisjon¹⁷. Det kan også tenkes at det allerede er blitt inngått leieavtaler i forhold til utleie av bygget som skal tilvirkes, eller at SP selv har inngått leieavtale med fremtidig leietaker¹⁸. Hvis førstnevnte er tilfellet er det typisk at også denne avtalen overføres til fra SP til TS som følge av fisjonen.

Tidspunktet for aksjeoverdragelsen kan avtales til å være når som helst under tilvirkningsperioden¹⁹. Det går likevel et viktig skille, nemlig før og etter ferdigstillelse av anleggsmiddelet. Ordning som forutsetter overtakelse før ferdigstillelse omtales i det videre som ”forward-modellen”²⁰.

Forskjellen er hvilken risiko kjøper påtar seg. Ved forward-modellen er det kjøper som i utgangspunktet påtar seg ”risikoen for kostnadsoverskridelser i prosjektet”²¹. Ved forward-modellen er det derfor viktig med ”fornuftig regulering av den spesielle risiko”²² som knytter seg til ordningen. Det vanlige er at det avtales at ”selger innestår for at faktisk byggekostnad ikke overskrider estimert byggekostnad”²³ i forbindelse med prosjektet. I denne oppgaven

¹⁵ MEGLERSTANDARD punkt 1.

¹⁶ Selskap som har til formål å kun eie aksjer i andre selskap.

¹⁷ MEGLERSTANDARD punkt 2.1

¹⁸ *ibid.* punkt 2.5

¹⁹ Selgers garantier- mager trøst eller gull og grønne skoger

²⁰ *ibid.*

²¹ *ibid.*

²² *ibid.*

²³ *ibid.*

legges det til grunn at det er forward-modellen som anvendes, og at selger har påtatt seg risikoen i forbindelse med kostnadsoverskridelser.

Aksjevederlaget som avtales mellom TS og K fastsettes foreløpig som om tilvirkningsgjensstanden er ferdigstilt²⁴, og er lik differansen mellom verdien av ferdigstilt bygg+ tomt holdt opp mot tilvirkningskostnadene.²⁵ For eksempel kan det tenkes at verdien for ferdigstilt eiendom er 300, og tilvirkningskostnadene er estimert til å være 200. Aksjevederlaget avtales foreløpig da til å være 100.

Tilvirkningskostnadene finansieres ved at K sørger for at selskap SP får lån på 200, som altså tilsvarer tilvirkningskostnadene²⁶.

Når eiendommen er klar, justeres aksjevederlaget. Justeringen blir da en korrigering av de faktiske tilvirkningskostnadene holdt opp mot de estimerte kostnadene²⁷.

Dersom de faktiske kostnadene etter ferdigstilling viste seg å bli 170 og ikke 200, og verdi for eiendommen totalt er 300, blir aksjevederlaget justert fra 100 og opp til 130.

Foruten å avtale overdragelse av aksjer, samt aksjevederlag mellom K og TS, blir det også avtalt at selskap TS skal tilvirke gjenstanden. Dette blir da formelt sett en tilvirkningsavtale mellom TS som byggeleder²⁸, og eierselskapet SP som byggherre²⁹. K er ikke direkte avtalepart her. I standarden forutsettes det at TS skal opptre som prosjektleder^{30,31}. I dette eksempelet forutsettes det også at TS skal være tilvirker.

Neste punkt vil behandle nærmere hvordan risikofordeling mellom partene i dette eksempelet eventuelt kan reguleres. Det er klart at avtale mellom kjøper og selger av aksjene vil inngå skreddersydde kontrakter som passer partenes unike situasjon ved slike transaksjoner³². Det er likevel gjort et forsøk på å finne generelle punkter for hvordan en slik avtale kan se ut i forhold til de ulike obligasjonene mellom partene, med utgangspunkt i MEGLERSTANDARD "Egentlig Forward"- nr. 1 12/12.

²⁴ MEGLERSTANDARD punkt 3.1

²⁵ "Gode lånevilkår med forwardtransaksjoner"

²⁶ *ibid.*

²⁷ MELGERSTANDARD punkt 8.2

²⁸ <https://snl.no/byggeleder>

²⁹ "Å være byggherre" av Hans Cappellen,

³⁰ Prosjektleder innehar en mer organisatorisk og administrativ rolle enn en tilvirker.

³¹ MEGLERSTANDARD punkt 2.4

³² *ibid.* s. 2 innledningsvis

3.2.3 Risikofordeling mellom partene

En sentral faktor ved denne typen transaksjoner er hvem som skal ta på seg ulike typer av risiko. Det er nå tre aktuelle parter i transaksjonsrekken, nemlig TS, K og SP. Et viktig spørsmålet er hvordan risikoen fordeles mellom disse. I det videre følger avgjørende risikomomenter som er sentrale å få avgjort mellom partene. Her skal momentene forsøkes å sammenfattes til generelle punkter.

Prisen

Som nevnt er det vanlig at foreløpig aksjepris er lik differansen mellom markedsverdi av ferdigstilt eiendom og estimerte bygge kostnader. Videre justeres denne prisen når det er klart hva de faktiske bygge kostnadene er. Går prosjektet over budsjett justeres aksjevederlaget nedad, og går det under budsjett, justeres aksjevederlaget oppad.

Det minnes om at TS allerede har inngått avtale med SP om å tilvirke eiendelen som SP skal bli eier av. En ordning med justering og i kraft av sin rolle som tilvirker er det selskap TS som har den økonomiske risikoen for prosjektet. Det er kun TS i kraft av å være både selger av aksjer og tilvirker, som har interesse av at bygge kostnadene blir så lave som mulig siden endelig aksjevederlag avhenger av de faktiske byggekostnadene. Selskap K skal uansett bare fremskaffe en bestemt total sum, i vårt tilfelle 300. Disse 300 består av aksjevederlag samt byggelån. Det er i utgangspunktet likegyldig for K hvordan fordelingen mellom disse midlene blir.

I tillegg til å ha *interesse* av at byggekostnadene er så lave som mulige, er det også selskap TS som i utgangspunktet ligger nærmest til å ha *innflytelse* på byggekostnadene, i og med at TS i kraft av å være tilvirker da kan inngå de mest gunstige avtalene for å holde kostnadene nede.

Finansiering

Det er i avtalen mellom TS og K avtalt at det er selskap SP som skal sørge for å få lån pålydende de estimerte bygge kostnadene. Her er det ofte selskap K som rent faktisk må sørge for finansieringen, ved å stille garantier og lignende for byggelånet³³. Pengene står i selskap SP sitt navn, men avgjørende er det at selskap TS i kraft av å være byggeleder og prosjektleder som disponerer denne kontoen, selvsagt sammen med selskap SP, men også gjerne med ban-

³³ MEGLERSTANDARD punkt 5.1

ken (banken ønsker på denne måten å redusere sin risiko og skaffe seg kontroll over prosessen og kostnadene)³⁴. Her er det viktig å minne på at selskap SP fremdeles ikke har noen ansatte som rent faktisk kan disponere på vegne av SP. Den reelle situasjonen er at det er TS, eventuelt med banken, som bestemmer over midlene.

Dersom de faktiske byggekostnadene skulle overskride de estimerte er det videre TS sitt ansvar å sørge for finansieringen ved rentefritt lån til SP³⁵. Her er det klart at K i utgangspunktet løper en risiko for at TS rent faktisk er i økonomisk stand til å klare dekke kostnadsoverskridelsene, men risikoen lar seg ofte redusere ”ved at selger stiller sikkerhet i form av eksempelvis et depositum eller en bankgaranti”³⁶.

Så til tross for at selskap K sørger for finansiering, har altså dette selskapet ingen disposisjonsrett over midlene. Det eneste selskap K hittil skal gjøre er å sørge for finansiering av estimerte byggekostnader, samt et endelig aksjevederlag. Dersom de faktiske byggekostnadene skulle bli høyere enn de estimerte løper ikke K noe risiko ved dette. Finansiering av aksjevederlaget som selskap K skal yte reguleres ikke i standarden, dette fremgår eksplisitt i meglerstandardens³⁷.

Partenes øvrige oppgaver og risiko frem til ferdig tilvirkning

I forbindelse med en forward-struktur som skissert over, foreligger det blant annet risiko knyttet til grunnforhold, offentligrettslige krav, og endringer som ikke samsvarer med fremtidige leietakers ønsker og behov. Det fremgår av meglerstandardens at de nevnte momenter skal være en del av ”Selgers forpliktelser” å sørge for er i orden.³⁸ Det er ikke uvanlig at Selger tar på seg kostnadsansvar i forbindelse med nevnte momenter. Her vil Kjøper løpe en risiko ved at Selger ikke er i stand til å stå for kostnadene i forbindelse med dette. Her kan for eksempel bankgarantier eliminere risikoen, eller det avtales at Kjøper skal ha rett til å holde deler av kjøpesummen tilbake til etteroppgjøret skal finne sted. Videre kan risikoen elimineres for Kjøpers vedkommende ved at aksjeoverdragelse ikke skjer før ”bygg gropen er etablert og byggetillatelsen for bygg over bakken foreligger”³⁹.

³⁴ MEGLERSTANDARD punkt 5.2

³⁵ *ibid.* punkt 5.4

³⁷ MEGLERSTANDARD punkt 3.3

³⁸ *ibid.* pkt. 6.1

³⁹ ”Gode lånevilkår med forward-transaksjoner”

Situasjonen er nå at selskap TS har inngått avtale med selskap SP om å være byggeleder for prosjektet, og SP er således byggherre. I og med at det er selskap TS som eier selskap SP, og SP i det tiltenkte eksempelet ikke har ansatte, er det per definisjon selskap TS som avgjør hvordan selskap SP skal opptre i forbindelse med tilvirkningen. Innflytelsen skjer i typisk to henseende, direkte gjennom SP og indirekte gjennom å være tilvirker av anleggsmiddelet.

Videre i eksempelet vårt vil TS fylle opp selskap SP med styremedlemmer og daglig leder som gjennom direkte innflytelse kan avgjøre hvordan SP skal opptre i tilvirkningsprosessen. Gjennom asl. § 6-1 er det nødvendig med et styre for at SP skal oppfylle de selskapsrettslige krav for å bli definert som et aksjeselskap.

Det er heller ikke uvanlig at selskap TS i kraft av å være byggeleder, blir gitt formelle, svært vidtgående fullmakter til å handle på vegne av selskap SP i tilvirkningsprosessen⁴⁰. Det er ikke uvanlig at en byggeleder blir gitt visse fullmakter til å disponere på vegne av byggherre⁴¹, men fullmakter som blir gitt i forbindelse med omtalte type transaksjoner sprenger grensene for hvilke arbeidsoppgaver en byggeleder vanligvis påtar seg. Med utgangspunkt i artikkelen ”Å være byggherre”⁴² er typiske byggherre-oppgaver:

”Byggherren har både fordelene og ulempene ved å være den som må

- bestemme rammene for prosjektet,
- stille med tomt
- sørge for finansieringen
- velge rådgivere og utførende
- ta stilling til uforutsette begivenheter
- godta avslutningene av oppdrag og byggearbeid
- forfølge uoppfylte krav
- sitte med "restansvaret”

Listen er pretenderer ikke å være en fullstendig oversikt over en byggherres oppgaver, men av de nevnte er det kun tomt SP stiller med. Dette er tomten TS gjennom fisjon har overført til SP.

⁴⁰ MEGLERSTANDARD punkt 6.1

⁴¹ <http://no.wikipedia.org/wiki/Byggeleder>

⁴² ”Å være byggherre”, av Hans Cappelen

Selskap TS gis fullmakter som innebærer at kun de kan inngå avtaler på vegne av selskap SP, samt andre oppgaver som vanligvis faller utenfor en byggeleders oppgaver. Ved å gjøre disse fullmaktene ugjenkallelige kan selskap TS skaffe seg fullstendig faktisk kontroll over byggeprosessen, til tross for å formelt bare stå som byggeleder⁴³.

Fullmaktene kan også omfatte forhold som ikke har direkte sammenheng med selve tilvirkningen. Dette kan gjelde hvem som skal representere og ta avgjørelsene for selskap SP dersom det oppstår rettslige tvister, hvem som skal være ansvarlig dersom det foreligger mangler⁴⁴, samt at TS skal avgjøre om SP skal overta bygget fra entreprenørene.

Gjennom fullmaktene tildeles byggeleder en rekke sentrale oppgaver som først og fremst er byggherrens oppgaver. Det er viktig å påpeke at byggeleder tildeles kompetanse som ikke trengs å utøves sammen med byggherren gjennom fullmakter. Tvert i mot kan byggelederen få en eksklusiv rett til å utøve denne kompetansen. I tillegg har TS som nevnt gjennom å være eier av selskap SP full kontroll over hvem som skal sitte i styret i eiendomsselskapet og disponere på deres vegne.

Oppsummering

Slik avtalen mellom selskap TS og selskap K er utformet, er det selskap TS som løper den økonomiske risikoen for prosjektet ved at evt. endringer i bygningskostnader til slutt medfører lavere eller høyere aksjevederlag for TS. Videre er selskap K sin oppgave begrenset til å sørge for å skaffe til veie et beløp som er uavhengig av prosjektets faktiske kostnader. Dette vederlaget er forhåndsbestemt, og utgjør estimerte bygge kostnader, evt. minus justering av aksjevederlag til TS. Selskap SP sin rolle som byggherre blir svært begrenset ved at selskap TS gis svært vidtgående fullmakter under prosjekteringen, og av at TS fritt velger hvem som skal utgjøre styret i selskap SP.

Videre i oppgaven er det sistnevnte eksempel som gjelder bygg under oppføring, som behandles. Det vil bli påpekt dersom dette ikke er tilfellet.

4 Skatterettslig vurdering

⁴³ MEGLERSTANDARD punkt 6.1: "TS gis en ugjenkallelig rett og plikt til å representere Selskapet som Selskapets fullmektig i enhver kontakt med Entreprenøren, Leietaker, offentlige myndigheter og alle andre aktører..."

⁴⁴ ibid. punkt 6.1

Spørsmålet nå er hvordan den skisserte situasjonen skal behandles skattemessig. Som nevnt innledningsvis er det ikke alltid selvsagt at den skatterettslige vurderingen blir lik den privatrettslige vurderingen. Mens det inter partes er de private vurderinger, forventninger og handlinger som er utgangspunktet for å avgjøre innholdet og rettsvirkningene, er det et annet avgjørende element som kommer i tillegg når disposisjonen skal underkastes en skatterettslig vurdering. Avgjørende for denne vurderingen er skattereglene som berøres av den privatrettslige disposisjonen, samt formålet med disse.

Skattlegging innebærer et inngrep i borgernes frihet og rettigheter, og det gjelder derfor et legalitetsprinsipp i skatteretten⁴⁵. Dersom det ikke eksisterer hjemmel for å ilegge skatt, må skattemyndighetene finne seg i at det private arrangementet ikke kan skattlegges, til tross for at det formelle innholdet avviker fra det formelle.

I dette punktet vil det undersøkes om det foreligger noen rettslige grunnlag for å skattlegge overprisen, når den reelle situasjonen er på det rene.

4.1 Faktumavklaring etter lignl. § 8-1?

Lignl.⁴⁶ § 8-1 lyder:

”Ligningsmyndighetene¹ avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter etter en prøving av de opplysninger han har gitt, og de øvrige opplysninger som foreligger. Hvis ligningsmyndighetene finner at skattyterens oppgaver er uriktige eller ufullstendige, kan de endre, utelate eller tilføye poster. De kan også endre skønnsmessige beløp som skattyteren har ført opp, når de finner grunn til det.”

Det følger videre av forarbeidene⁴⁷ at ligningsmyndighetene ”må legge til grunn det faktiske forhold som de etter en samlet vurdering anser som det sannsynlig riktige”.

Når det gjelder den skatterettslige vurderingen er det et mer komplisert bilde enn i den privatrettslige vurderingen. I den førstnevnte vurdering er det rettsregler som anvendes direkte på rettsfakta. I en skatterettslig vurdering er det de privatrettslige forhold som medfører de skatterettslige virkningene⁴⁸, ikke direkte de rene rettsfakta.

⁴⁵ ”Bedrift, selskap og skatt” s. 48

⁴⁶ Lov av 13. juni Nr. 24 1980 (heretter lignl.)

⁴⁷ Ot. prp. nr. 29 (1978-79) s. 100

⁴⁸ Zimmer, hva er anvendelsesområdet til lignl. § 8-1?

I vårt eksempel er for eksempel rettsfakta kontrakten mellom selger og kjøper om aksjetransaksjonen, kontrakt mellom eiendomsselskapet og tilvirker, mens eksempel på privatrettslige forhold er K som kjøper og TS som selger og tilvirker, SP som eiendomsselskap og byggherre. Disse privatrettslige forhold avgjøres på bakgrunn av privatrettslige rettsregler slik som kjøpsrett, entreprispraksis og lignende.

Når vi nå skal gjennomføre en skatterettslig vurdering av transaksjonen er det nå lett å se at skattereglene ikke anvendes direkte på rettsfaktaene, men på de privatrettslige forhold, som igjen bygger (mer) direkte på rettsfakta.

Det er problematisk å anvende denne bestemmelsen som hjemmel for å ilegge skatt. Tidligere kan det syntes som at både domstolene og skattemyndighetene aktivt anvendte lignl. § 8-1 som hjemmel for å ilegge skatt.

Her vises det til skattemyndighetenes Lignins-ABC 2007/2008 s. 1064, ”Klarlegging av det/de faktiske forhold- lignl. § 8-1 nr. 1” blant annet:

”- Avvik fra skattyters påstand om hvilket faktum som skal legges til grunn, vil være aktuelt når:

....

- det foreligger en kjede av transaksjoner (avtaler) mv. hvor skattyteren krever at den enkelte transaksjon (avtale) skal legges til grunn, og ikke den samlede virkning av kjeden.”

Også i Høyesterett sine voteringer kan det spores formuleringer som kan tyde på at lignl. § 8-1 er bruk i rettsanvendelsen ved skattevurderingen.⁴⁹

Det er i dag enighet om at lignl. § 8-1 er å regne som en ren bevisvurderingsregel, og ikke en materiell skatteregel. Det vises spesielt til Zimmer sin uttalelse i Utv 2010 s 1073⁵⁰, hvor han påpeker at blant annet bestemmelsens ordlyd, og dens plassering i en saksbehandlingslov må medføre den nevnte konklusjon.

Det lignl. § 8-1 gir oss i forbindelse med denne oppgaven er altså en adgang til å anse den faktiske situasjonen for å være en annen en det skattyter måtte anse den for å være, forutsatt at dette er det sannsynlig riktige.

Paragrafen gir ikke adgang til noe annet enn faktumavklaring.

⁴⁹ Rt. 2008 s. 1307 avsnitt 24 sammenholdt med avsnitt 25.

⁵⁰ <http://abo.retsdata.no/browse.aspx?sDest=gUTVz2D2010z2D1073>

Skal det ilegges skatt må hjemmel for dette finnes et annet sted.

4.2 Pro forma-betraktninger

For enhver beskatning er det det faktiske forholdet, det underliggende forhold, som skal legges til grunn⁵¹. Når det gjelder fast eiendom er det avgjørende om ”partene konsekvent seg i mellom og overfor ligningsmyndighetene forholder seg til det underliggende, reelle eierforhold.”⁵²

Slik eksempelet er skissert over, og da spesielt med tanke på hvordan de ulike risikomomentene i transaksjonen er blitt regulert mellom partene, kan det være aktuelt å se nærmere på det privatrettslige forholdet mellom partene. Dersom transaksjonen sees under ett, syntes det mest av risikoen å påfalle TS i forbindelse med nyoppføringen. Det er da spesielt den økonomiske risiko ved prosessen som er særlig fremtredende. Gjennom disposisjoner som garantier og fullmakter har TS aktivt påtatt seg risiko overfor K og skaffet seg særdeles stor innflytelse i SP sine disposisjoner i byggeprosessen. Slik eksempelet er bygget opp er det ikke lett å se hvor SP løper noen risiko som ikke allerede er blitt sikret gjennom reguleringer i meglerstandarden.

Et forhold som hittil ikke er belyst er forholdet mellom TS og SP, og tilvirkningskontrakten mellom dem. For at opplegget skal stå seg er det avgjørende at det er en realitet i avtalen mellom SP som byggherre og TS som byggeleder. Foruten myndighetsfordeling og disposisjonsfordeling må kontraktens materielle innhold medføre at det underliggende forhold sett i lys av kontrakten medfører at TS er tilvirker og SP er byggherre. Hvis for eksempel tilvirkningskontrakten bærer inngående preg av at TS er eier av SP, og prising, frister og øvrige reguleringer i kontrakten inngående bærer preg av dette, kan det sammenholdt med TS sin allerede kartlagte økonomiske risiko kunne bli aktuelt å anvende pro-forma betraktninger på dette forholdet. Realiteten blir da at TS må bli å anse for reelt sett å være byggherre, avtalen mellom TS og SP kan sees bort fra, og bygget må bli å anse for å være i TS’ eie.

Dersom avtalen mellom TS og SP kan falle under en pro-forma betraktning vil dette umiddelbart få konsekvenser for hvordan skattemyndighetene må klassifisere aksjevederlaget.

Det ville ført for langt i oppgaven å gå inn i momenter i en slik tilvirkningskontrakt for å se hvilke forhold som kunne medført at pro forma kunne blitt aktuelt. Det skal likevel ikke mye

⁵¹ Zimmer, 2010, 53

⁵² ”Norsk Bedriftskatterett”, Gjems-Onstad, 2012, s. 1078

fantasi til for å tenke seg kontrakter mellom to nærstående selskaper (morselskap og datterselskap), hvor det ene selskapet skal yte varer eller tjenester til den annen part, og kontrakten bærer preg av interessefellesskapet dem imellom.

I vårt eksempel legges det i det videre til grunn at avtalen mellom TS og SP er slik enhver kontrakt mellom en tilvirker og en byggherre ville vært, og at tilvirkningsavtalen mellom disse partene vil stå seg mot en pro-forma prøving, selv om TS har påtatt seg mye risiko og ansvar som i utgangspunktet tilfaller en byggherre. Spørsmålet blir videre om pro forma betraktninger kan bli aktuelt for transaksjonen mellom TS og K, aksjesalget.

Når det gjelder saker hvor pro forma påberopes fra statens side tilhører dette sjeldenhetene. Omgåelse er et mye mer preferert påberopt grunnlag⁵³. Hvorfor det er slik lar seg ikke begrunne i teorien, men det kan tenkes at anklagen ved en pro forma-påstand er noe mer drastisk enn ved omgåelse. Gjems-

Onstad har uttalt at ”ved pro forma lyver eller jukser skattyteren, ved omgåelse er han lur”⁵⁴.

De få dommene som foreligger om pro forma på dette området syntes å legge opp til en veldig høy terskel. Rt. 2001 s. 187 Media Bergen kan tas til inntekt for et slikt standpunkt. Staten tapte, og Gjems-Onstad mener retten her la seg på det strafferettslige beviskravet.

Som følge av at pro forma sjeldent blir påberopt i praksis, og det høye beviskravet som syntes å bli oppstilt dersom pro forma først skulle bli aktuelt, taler det mot at slike betraktninger vil kunne føre til at transaksjonen mellom TS og K vil kunne skattlegges med pro forma-betraktninger. Grunnlaget prøves derfor ikke mot vårt tilfelle.

5 Ulovfestet gjennomskjæring

5.1 Innledning

I norsk rett er omgåelsesnormen en ”selvstendig rettslig standard”⁵⁵. Først vil normens innhold bli skissert, før det vurderes om den kan få anvendelse på vår transaksjon, aksjesalg av selskapet som skal bli eier av det nyoppførte bygget.

⁵³ Gjems-Onstad, 2012, 1079

⁵⁴ Gjems-Onstad, 2012, 1079

⁵⁵ Gjems-Onstad, 2012, 1073

Det rettslige utgangspunkt er privatrettslig avtalefrihet mellom partene. Problemet i forhold til skatt oppstår når disse disposisjonene har et overveiende preg av skatteunndragelse. Slik unndragelse søkes unngått ved at rettspraksis og juridisk teori over tid har stilt opp en norm for hvilke privatrettslige disposisjoner skattemyndighetene kan se bort fra når det gjelder beskatning av disposisjonen. Det er viktig å gjøre to distinksjoner i forbindelse med behandling av omgåelsesnormen. Det er grensen mot det som omtales som skatteplanlegging, og grensen mot pro forma.

Mens skatteplanlegging er disposisjoner som er innenfor skattereglenes grenser, er pro forma et annet rettslig grunnlag enn omgåelsesnormen. Når det gjelder pro forma er det den privatrettslige disposisjonen mellom partene som berøres, og som deretter vil få skatterettslige konsekvenser rett og slett fordi det påståtte underliggende forhold ikke samsvarer med realiteten. Det nevnes også at behandling av pro-forma som grunnlag for beskatning av gevinst er behandlet over. Ved omgåelse er det der i mot snakk om hvordan ”opplysninger om rettsforhold skal karakteriseres”.⁵⁶

Omgåelse omtales i ulike termer slik som tilsidesettelse, gjennomskjæring, rekarakterisering m.m. I det videre vil det for variasjonens skyld veksles mellom termene omgåelse og gjennomskjæring, men i denne oppgaven er de altså synonymer.

5.2 Normens innhold

Skatteretten utvikles stadig som følge av skattesubjektenes rasjonalistiske holdning. Det forekommer stadig kreative transaksjoner som følge av omhyggelig uttenkt skatteplanlegging. Det er lett å tenke seg at skattelov med andre lover fort kan bli utdatert som følge av stadig nye kreative løsninger fra skatterådgivere innenfor fagfeltet. Her i Norge har det derfor blitt utviklet en omgåelsesnorm, hvor innholdet er blitt skissert av Høyesterett i en rekke dommer, og den juridiske teori har fortløpende prøvd å analysere Høyesteretts uttalelser for å kartlegge normens innhold utover den konkrete sak. Dette er altså en ulovfestet norm som stadig utvikles av rettspraksis og juridisk teori. Normen fungerer da som et rettslig grunnlag som kan anvendes av domstolene, men fungerer også som et preventivt verktøy overfor skattesubjektene. Deres skatteplanlegging må alltid underkastes normens innhold for å avgjøre om transaksjonen risikerer å bli rammet.

Norge sitt ulovfestede grunnlag for ileggelse av skatt er i en internasjonal sammenheng forskjellig fra andre land hvor en slik gjennomskjæringsregel er lovfestet. Det gjelder kontinenta-

⁵⁶ Gjems-Onstad, s. 1071

le Canada, men også vårt naboland Sverige⁵⁷. Her i Norge har det vært fremmet forslag om lovfesting av en gjennomskjæringsnorm, men kun en spesial-regel i sktl. § 14- 90 er hittil blitt lovfestet. Det er likevel klart at normen er et rettslig grunnlag for ileggelse av skatt, til tross for at ileggelse av skatt må ta hensyn til legalitetsprinsippet. Diskusjonen av om, eventuelt hvilket innhold en lovfestet gjennomskjæringsregel ville fått og om det styrker grunnlaget i forhold til legalitetsprinsippet ligger utenfor oppgaven. Det kan likevel konstateres at Høyesterett ikke ”har lagt til grunn noe strengt legalitetsprinsipp i skatteretten”⁵⁸, noe omgåelsesnormen er et eksempel på ifølge Zimmer.

Høyesterett har ved ulike formuleringer uttrykt normens innhold, og de har til og med formulert seg tilsynelatende motstridende. Det vises her spesielt til uttalelsen i Rt. 2006 s.1232 (Telenor)⁵⁹:

”I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på”

, mens det i Rt. 1963 s. 478 (Siraco)⁶⁰ uttales at gjennomskjæring

”må bero på en objektiv bedømmelse av transaksjonen på grunnlag av de faktisk foreliggende forhold”.

Til tross for at Høyesterett gjennom tidene ikke helt tydelig har klart å formulere vilkårene for omgåelsesnormen, er likevel det klare utgangspunktet at det er en rettslig standard og at vurderingen må bero på en ”skjønnsmessig helhetsvurdering”⁶¹ og at den i nyere tid bygger på et ”grunnvilkår og en totalvurdering”⁶², Rt 2007 s. 209, Hex-dommen. Her formuleres grunnvilkåret og totalvurderingen som følger:

”Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, se Høyesteretts dom 17. oktober 2006 (Rt-2006-1232) i Telenor-saken avsnitt 47 med henvisninger til tidligere rettspraksis.”

⁵⁷ Banoun s. 60, s. 77

⁵⁸ ”Bedrift, selskap og skatt”, s. 49

⁵⁹ Rt. 2006 s. 1232

⁶⁰ Rt. 1963 s. 478

⁶¹ ”Norsk Bedriftsskatterett” s. 1076

⁶² Rt. 2007 s. 209, som igjen viser til Telenor-dommen

Formuleringen er av Høyesterett senest blitt refert til i Rt. 2014 s. 227, ConocoPhillips II⁶³.

Grunnvilkåret

Grunnvilkåret blir i Hex-dommen formulert til ”at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt”. Det må altså foreligge en subjektiv skattebesparende hensikt bak transaksjonen. Denne subjektive hensikten må likevel vurderes ut fra en objektiv vurdering. Konsekvensen av dette blir at man ved vurderingen må ta med selskapets subjektive situasjon, og kartlegge hva som ut fra en objektiv vurdering må anses for å være formålet med disposisjonen. Her blir spørsmålet om transaksjonen likevel hadde funnet sted, hvis man ser bort fra skattebesparelsen. Er svaret nei, er som regel grunnvilkåret oppfylt. Å angi noen eksakte tall for skattebesparelse sett ift øvrig forretningsmessig verdi lar seg vanskelig oppstille, jfr. Gjems-Onstad, s. 1089⁶⁴.

Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for å anvende gjennomskjæring.

Totalvurderingen

Det andre nødvendige vilkåret, totalvurderingen, skal baseres på disposisjonens virkninger, skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig. Etter denne totalvurderingen må det ikke fremstå ”som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen”.

Det er klart at totalvurderingen raskt vil føre til en konkret vurdering av disposisjonen som er under vurdering. Vårt eksempel er bare en måte for hvordan fisjon med påfølgende aksjesalg kan skje. Andre typer av skattefri fisjon anvendt av morsselskapet, andre avtalereguleringer mellom selger og kjøper, og avtaleforholdet mellom tilvirker og byggherre er som nevnt forhold som kan medføre at vurderingen kan bli en annen dersom faktum er av et annet slag enn i vårt eksempel.

Av den grunn vil de nærmere momentene i totalvurderingen bli behandlet når vårt enkelttilfelle skal vurderes konkret opp mot gjennomskjæringsnormen, se punkt 5.3.3. Det er ikke opplagt at de samme momentene gjør seg gjeldende ved andre tilfeller, eller at de har like mye vekt i vurderingen.

⁶³ Rt. 2014 s. 227

⁶⁴ ”Norsk beidriftsskatterett” s. 1089

5.3 Vurderingen i vårt tilfelle

5.3.1 Gjenstand for vurderingen

Det første spørsmålet er hva som er gjenstand for vurdering. Det foreligger en fisjon, overføring av tomt og leieavtaler fra overdragende til overtakende selskap, samt avtale om salg av aksjer i eierselskapet.

Må en gjennomskjæringsvurdering nøye seg med å vurdere de ulike leddene i transaksjonskjeden isolert, eller kan leddene vurderes samlet?

Når det gjelder om de ulike leddene i transaksjonen er nettopp gjennomskjæringsnormen ”særlig praktisk”⁶⁵. Slik tilfellet er i oppgaven, skjer fisjon som en direkte følge av selgers ønske om å selge et ferdig tilvirket bygg, og avtale om aksjeoverdragelse er en direkte følge av ønsket om å kjøpe single-purpose selskapet med eiendommen.

I Rt. 2006 s. 1232⁶⁶ (Telenor) uttales følgende:

”Dersom en disposisjon inngår som ledd i et større kompleks av disposisjoner, kan spørsmålet om skattebesparelse fremstår som den klart viktigste motivasjonsfaktor, ikke vurderes isolert for hver enkelt disposisjon, men må avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.”

Det er derfor klart at når de ulike transaksjonene har en slik sammenheng som de må sies å ha i dette tilfellet, kan retten kunne vurdere transaksjonene samlet, under ett. Synspunktet støttes også av Rt. 2014 s. 227⁶⁷, avsnitt 49:

”Hvorvidt gjennomskjæring skal tillates må skje ut fra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet, jf. avsnitt 38-39 i Dyvi-dommen med videre henvisninger til tidligere praksis. I vår sak er det fisjonen av eiendomsselskapet og det etterfølgende aksjesalget som er gjenstand for vurdering.”

Av sitatet følger det også at det som utgangspunkt er de samme forhold som er relevante ved både ved grunnvilkåret og totalvurderingen.

5.3.2 Grunnvilkåret

⁶⁵ ”Bedrift, selskap og skatt” s. 57

⁶⁶ Rt. 2006 s. 1232

⁶⁷ Rt 2014 s. 227

I tilfellet vårt blir det konkrete spørsmål om ordningen sett under ett hadde til ”hovedsakelig formål” å spare skatt.

I Rt. 2014 s. 227, Conoco-Philips starter førstvoterende dommer Kallerud med å behandle den økonomiske gevinsten, og skatt spart ved transaksjonsformen- fisjon med påfølgende aksjesalg. I saken oppnådde selger en ”betydelig skattebesparelse” på 17, 5 millioner. I avsnitt 51 uttales følgende:

” Når en profesjonell næringslivsaktør oppnår en så betydelig skattebesparelse ved valg av transaksjonsform, er det en sterk presumpsjon for at det hovedsakelige formålet med disposisjonen var å spare skatt. Etter min mening foreligger det ikke andre omstendigheter som i vesentlig grad kan endre bildet.”

Det er klart at det vil variere hva som er potensiell gevinst, med tilhørende potensiell gevinstbeskatning, avhengig av næringseiendommen som realiseres. Dommen viser likevel at beløpene kan bli betydelige. I saken avslutter dommeren sin vurdering av grunnvilkåret ved å kun vise til den tallmessige skattemessige besparelsen. Det konstateres med at grunnvilkåret er oppfylt.

I vårt tilfelle er gevinsten lik aksjevederlaget som er 100. Spart gevinstbeskatning er i utgangspunktet 27. Vi ser at i forhold til Conoco-Philips dommen er vår skattebesparelse i rene tallverdier høyere dersom vi nå forutsetter at tallene våre var i millioner. Med dagens eiendomspriser er det ikke usannsynlig at dette kunne vært tilfellet. I så fall ville skattebesparelsen i vårt eksempel vært 10 millioner høyere enn i Conoco-Philips. Dersom man følger førstvoterende resonnement i dommen taler en ytterligere skattebesparelse enda sterkere for presumpsjonen om at skattebesparelse var det hovedsakelige formålet. Skattebesparelsen blir jo enda mer betydelig. Som Gjems-Onstad⁶⁸ påpeker og førstvoterende på en mer indirekte påpeker, er det ikke selvsagt at skattebesparelsen i absolutte tall umiddelbart kan medføre presumpsjonen om at skattebesparelse er det hovedsakelige formål. Det kan tenkes transaksjoner hvor skattebesparelsen er betydelig, men det likevel kan konkluderes med at skattebesparelsen ikke er det hovedsakelige formål. Et eksempel som kan tas til inntekt for dette synspunktet er Telenor-saken⁶⁹. Salg av aksjer ville medført at selgerselskapet kunne krevd tap på aksjer for rundt 8,6 mrd. Skatteverdien var den gang 28% av fradraget, altså en ekstremt høy skattebesparelse. Likevel ble Telenor hørt med argumenter om at transaksjonen fant sted blant annet som følge av konsernintern omorganisering. Dommeren anså ikke grunnvilkåret for oppfylt.

⁶⁸ ” Norsk bedriftsskatterett, s. 1089

⁶⁹ Rt. 2006 s. 1232

Det må altså spørres om det vårt tilfelle kan sies å foreligge ”andre omstendigheter som i vesentlig grad kan endre bildet.” Slike omstendigheter kan vanskelig sies å foreligge her. I motsetning til i Conoco-Philips hvor eierselskapet driftet eiendommen den eide, foreligger det ingen slik aktivitet i eierselskapet som er beskrevet i vårt eksempel. Det foreligger heller ingen unike forhold på verken kjøper- eller selgersiden som gjør at tilfellet på dette punktet faller annerledes enn i Conoco-Philips slik at andre omstendigheter kan anses for å ”i vesentlig grad... endre bildet”.

Etter dette må grunnvilkåret anses for å være oppfylt i vårt eksempel.

5.3.3 Totalvurderingen

Vurderingen i dette punktet blir om disposisjonene vårt eksempel bygger på, kan sies å ”fremstå som stridende mot skattereglenes formål” dersom de legges til grunn for beskatningen, jfr Dyvi-dommen⁷⁰.

I denne vurderingen trekkes det i nevnte dom særlig frem følgende momenter:

- ”Disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi)”
- ”skattyters formål med disposisjonen”.

Til slutt kommer momentet ”omstendighetene forøvrig” som viser til at alle momenter som kan belyse om disposisjonene strider mot skattereglenes formål er relevante, men også at tilleggsvilkåret er en konkret helhetsvurdering

For totalvurderingen er det naturlig å starte med å se på formålet med de skatteregler som er benyttet eller eventuelt forsøkt omgått. I vårt tilfelle er det reglene om skattefri fisjon og fritaksmodellen. Hovedformålet med disse reglene ble kort presentert innledningsvis i punkt 2.2 og 2.3 og vil behandles grundigere i 5.3.4.

Videre vil konkrete omstendigheter fra eksempelet vårt som er av betydning for transaksjonens virkninger og momentet om illojalitet behandles. Til slutt i punkt 5.3.6 gjøres det en delkonklusjon av om tilleggsvilkåret er oppfylt.

Disposisjonens virkninger

⁷⁰ Rt. 2012 s. 1888, også sitert i Rt. 2014 s. 227

Momentet legger opp til en vurdering av transaksjonens ”forretningsmessige egenverdi” Med dette uttrykket menes ”de ikke-skattemessige formål og virkninger knyttet til den⁷¹”. I det videre vil typiske virkninger utover de rent skattemessige ved aksjesalg bli drøftet.

Dokumentavgift

I utgangspunktet påløper det en dokumentavgift når eiendom skifter hjemmelshaver jfr lignl⁷², videre dav. Det følger av dav⁷³. § 1, 1. ledd at satsen er 2,5 % av salgsverdien for fast eiendom, noe som kan beløpe seg til å bli en relativt stor kostnad ved realisasjon. Når selger der i mot ved fisjon har overdratt tomten til et datterselskap følger det av kontinuitetsbetraktninger⁷⁴ sammenholdt med fritaket i dav. § 3 at dokumentavgift for nyoppførte bygg som ikke er tatt i bruk eller av bygg som er under oppføring, ikke skal påløpe for bygningen ved førstegangsoverføring. Da påløper det kun dokumentavgift for tomten. Det er dette som blir situasjonen i vårt eksempel.

Det er svært vanlig at fisjon med påfølgende aksjesalg anvendes for å unngå dokumentavgift. Dersom bygget ikke er gjenstand for førstegangsoverdragelse, men allerede er en næringseiendom i bruk, vil metoden ha de beste grunner for seg siden det påløper avgiftsplikt for eiendommen i sin helhet. Da vil salg av et eiendomsselskap fremfor salg av eiendommen medføre spart dokumentavgift.

I vårt eksempel blir effekten at dokumentavgift ikke påløper som følge av at overdragelse av aksjer i SP ikke medfører eierbytte av eiendommen. Likevel vil det ved nyoppførte bygg uansett ikke påløpe dokumentavgift dersom det ikke er tatt i bruk. I forhold til dokumentavgift syntes det altså ikke å tilføre vår transaksjon noen særlig merverdi, i og med at eiendommens bygg uansett ikke hadde blitt gjenstand for dokumentavgift dersom TS hadde solgt eiendommen direkte til K. Samtidig er det viktig å huske på at dette bare er en av mange eventuelle virkninger som kan vise seg å bli forskjellig dersom eiendom overdras direkte.

I andre tilfeller hvor det ikke er snakk om nyoppført bygg, men eiendom som har vært gjenstand for flere kjøp og salgstransaksjoner vil det der i mot oppstå en ikke-skatterettslig konsekvens av å velge fisjon med påfølgende aksjesalg fremfor å selge eiendommen direkte.

⁷¹ ”Bedrift, selskap og skatt” s. 56

⁷² Lov 12. desember 1975 nr. 59

⁷³ Rundskriv nr 12/2015 S

⁷⁴ Rundskriv G-06/2005

Når det gjelder gjennomskjæringsvurderingen ble ikke denne virkningen viet noen oppmerksomhet av førstvoterende i Conoco-Philips.⁷⁵ Det er likevel ikke et forhold som kan sees bort i fra. I dommens avsnitt 29 påpeker Staten paradokset ved at unngåelse av en offentlig avgift skal forhindre ”en ellers godt begrunnet skattemessig gjennomskjæring”. Når det gjelder dette argumentet er jeg her villig til å være enig med Statens argumentasjon forutsatt at det hadde vært snakk om en transaksjon som det kunne påløpt dokumentavgift for. Det syntes rart at det å unngå en avgift skal kunne anvendes som argument for å unngå å pådra seg gevinstbeskatning. Hvilken stilling Høyesterett hadde til argumentet fremgår ikke av dommen.

Det kan tenkes situasjoner hvor spart dokumentavgift kan utgjøre langt høyere beløp enn spart gevinstskatt⁷⁶. Det typiske da vil være at eiendommen har en bygning som det foreligger dokumentavgiftsplikt for, noe som ikke er tilfellet for eksempelet i oppgaven. At spart dokumentavgift for en tomt skal kunne tenkes å bli mye høyere enn spart gevinstbeskatning på eiendommen samlet syntes lite tenkelig.

På den annen side er det klart at spart dokumentavgift, om det så bare er for tomten, har en egenverdi utover skattevirkninger. Når fisjon med påfølgende aksjesalg er akseptert i forhold til dokumentavgiftsreglene, og Høyesterett ikke eksplisitt har bekreftet eller avkreftet om spart avgift kan gi transaksjonen egenverdi utover skattemessige, må det etter min mening vises forsiktighet med å se bort fra denne virkningen i totalvurderingen, til tross for at dokumentavgift kun skal betales av tomten i vårt eksempel. For det nyoppførte bygget har ikke dokumentavgift innvirkning.

Sivilrettslig kontinuitetsprinsipp

Med dette menes at rettigheter og heftelser følger eiendommen ved fisjon med påfølgende aksjesalg. Hvis en selger hadde solgt en eiendom på tradisjonell måte, kan det tenkes situasjoner hvor det er behov for samtykke fra medkontrahenter knyttet til eiendommen som skal overdras. Typiske medkontrahenter er først og fremst leietakere, men også ”kredittavtaler, arbeidsavtaler, forhandlerkontrakter, lisensavtaler, husleieavtalem festrekontrakter og lignende”⁷⁷. Ved bruk av fisjon og aksjesalg kan eiendomsselskapet som utgangspunkt bli overdratt uten at slikt samtykke er nødvendig. Å innhente slikt samtykke kan være kostnadskrevende,

⁷⁵ Rt 2014 s. 227

⁷⁶ Liland s. 349

⁷⁷ Liland s. 350

og i noen situasjoner kan det tenkes å forhindre realisasjon av eiendom ved at en medkontrahent i forhold til eiendommen nekter å gi samtykke⁷⁸.

Argumentasjonen gir god mening i situasjoner hvor eiendom m/eiendomsselskapet gjennom tid har opparbeidet seg en mengde medkontrahenter, og eventuelt hvor det ikke er på det rene hvem som kan tenkes å ha rettigheter som vil kreve samtykke ved salg. Liland mener også at bare risikoen for at det kan dukke opp ukjente aktører som hevder å ha rettigheter i gjenstanden som skal overdras, tilsier at virkningen av sivilrettslig kontinuitet kan tilføre transaksjonstypen egenverdi.

I vårt tilfelle er bygget nyoppført, og det må anses for å være ganske oversiktlig hvem som er medkontrahenter i forhold til eiendommen. Det syntes lite sannsynlig at noen av de direkte involverte parter skulle nekte samtykke om direkte salg av eiendommen; selger, eiendomsselskap eller kjøper. Det kunne tenkes at banken i kraft av å være kreditor for lån de har ytet til eiendomsselskapet i forbindelse med bygningsprosessen skulle ha interesse i å ha et ord med i spillet.

Likevel må det antas at det er likegyldig for banken om det er kjøper eller selger som eier eiendomsselskapet, det er uansett dette som er debitor for ytet lån. Hadde det ikke blitt foretatt fisjon med påfølgende aksjesalg, men eiendommen hadde blitt oppført i selgerselskapet og blitt eiendel i dette selskapet, er det også rimelig utenkelig at eventuelle selskapskreditorer som yter finansiering ved oppføring skulle nekte samtykke eller ha innsigelser til salg av eiendommen. Uavhengig av om innsigelsene er berettiget eller ikke. En realisasjon med gevinst ville uansett vært positivt for kreditorene.

I vår situasjon kan det altså vanskelig hevdes at sivilrettslige kontinuitetsbetraktninger medfører noen særlige virkninger. Siden bygget er nyoppført og de sivilrettslige forhold til bygget er svært oversiktlige gjør ikke nevnte kontinuitetsbetraktninger seg like gjeldende som de kunne ha gjort dersom de sivilrettslige forhold var mer kompliserte. Den forretningsmessige egenverdi i vårt eksempel blir derfor ikke særlig omfattende. Likevel kan det tenkes at kjøper ønsker å erverve eiendomsselskap fremfor direkte erverv av anleggsmiddel, nettopp med tanke på sivilrettslig kontinuitet ved fremtidig drift og realisasjon.

⁷⁸ Liland s. 350

Skattemessig verdi i forhold til markedsverdi

Dersom aksjene selges i stedet for bygningen vil kjøper overta lavere skattemessige verdi på eiendommen enn det han ville gjort ved direkte salg. Da ville markedsverdien vært utgangspunktet ved verdsettelse av eiendommen. For kjøper vil dette medføre lavere avskrivningsgrunnlag, og eventuelt høyere skattemessig gevinst ved senere salg av eiendommen som følge av lavere inngangsverdi. Dette er noe som det vanligvis tas høyde for i avtalen mellom kjøper og selger⁷⁹ gjennom rabatt på aksjevederlaget, og effekten syntes å bli eliminert gjennom slike ordninger.

Denne virkningen vil likevel kunne være av betydning når det gjelder konsekvensene for hva en eventuell gjennomskjæring måtte innebære, se punkt 6.

Fisjonens virkninger

Ved fisjonen overføres det tomt og leieavtaler til det overtakende selskapet. Ut over dette har ikke det overtakende selskapet noen myndighet til å handle på egne vegne, den er tillagt overdragende selskapet gjennom fullmakter og ved at det overdragende selskapet har enestående innflytelse for hvem som skal bli tilsatt i SP sitt styre. I det overtakende selskapet befinner det seg ikke andre eiendeler enn de nevnte, og et styre. Eiendomsselskapet har ingen drift i og med at det ikke har noen ansatte utenom ledelsen.

En annen typesituasjon er når eiendomsselskapet opptrer som et eiendoms- og forvaltnings-selskap. Dette var tilfellet i den flere ganger nevnte Conoco-Philips dommen. Som en følge av å ha drift, genererer selskapet verdier på egen hånd, og selskapsstrukturen har gått fra å være et selskap med tilhørende virksomhet, til å bli to selskap som driver med tilhørende virksomhet. I vårt eksempel vil en fisjon riktig nok medføre at et nytt selskap oppstår, men den forretningsmessige egenverdien av å opprette datterselskapet syntes å være liten utover det å skulle bli et single-purpose selskap for en fremtidig eiendom, for så å bli solgt rimelig kort tid etter sin opprettelse.

Det lar seg derfor vanskelig gjøre å finne noen andre virkninger av fisjonen utover de rent skattemessige. Videre må det også konstateres at fisjonen var et nødvendig ledd for å oppnå utnyttelsen av fritaksmodellen.

⁷⁹ Se http://www.hegnar.no/juss/spor_advokaten/artikkel446234.ece

Bettina Banoun gir et anslag på 7-12 prosent på denne rabatten.

I Conoco-Philips stiller saken seg annerledes. For det første var eiendommen i drift hos det overdragende selskapet. Fisjonen var av den grunn ikke et absolutt nødvendig mellomledd for å oppnå skattefordelen. Her kunne selger alternativt solgt datterselskapet, men kjøper hadde riktignok også fått med eiendeler som ikke i utgangspunktet var gjenstand for kjøpstransaksjonen. I det tilfellet blir det enklere å se forretningsmessige virkninger som følge av å skyte ut uønskete/øvrige eiendeler i et eget selskap, og selge det overdragende selskapet.

Skattyters formål med disposisjonen

Også under totalvurderingen vil skattyters formål om å spare skatt komme inn, men det avgjørende er her i hvor stor grad dette formålet er, holdt opp mot øvrige supplerende formål som kan gi transaksjonen egenverdi. Holdt opp mot egenverdien til transaksjonen syntes skattebesparelse å være særlig dominerende. Siden situasjonen her er at det er et bygg under oppføring som er eiendelen til eierselskapet vil argumenter om egenverdien i forbindelse med spart dokumentavgift og sivilrettslig kontinuitet miste noe av sin tyngde, sammenlignet med situasjoner hvor bygget har vært i lengre eie, og også gjerne blitt driftet av eiendomsselskapet, og hvor det kan virke usikkert på hvem som er medkontrahenter til eiendommen.

I andre situasjoner hvor eiendommen har eksistert i lengre tid og eies gjennom en mer komplisert selskapsstruktur kan andre formål gjøre seg gjeldende. Dersom man får inn konsulenter med juridisk og økonomisk ekspertise og utreder tilstrekkelig vil man kunne være i stand til å dokumentere at det foreligger andre bedriftsøkonomiske motiver utover de skattemessige.⁸⁰

Når det gjelder egenverdi er det naturlig å påpeke at når det gjelder i hvor stor grad det må foreligge en egenverdi for at transaksjonen skal unngå å bli gjennomskjæret syntes ikke terskelen særlig høy. I Dyvi⁸¹ påpekes det at det ikke foreligger eksempler på gjennomskjæring i høyesterettspraksis dersom det ”har hatt en viss forretningsmessig realitet utover de skattemessige fordeler for kjøper og selger”.

De fleste forhold taler likevel for at transaksjonens egenverdi er svært liten i vårt tilfelle. Her blir det lettere for skattemyndighetene å argumentere for at transaksjonsrekken har til formål å være skattebesparende, og det syntes mer problematisk for skattyter å kunne påvise noen forretningsmessig egenverdi utover de skattemessige fordeler. Omstruktureringsargumenter og lignende argumenter som er å spore i Telenor-dommen vil nok skattyter vanskelig bli hørt med i vårt tilfelle.

⁸⁰ ”Norsk bedriftsskatterett”, s. 1091

⁸¹ Rt 2012 s. 1888

Nå er altså det konstatert at grunnvilkåret er oppfylt, blant annet med henvisning til argumentasjonen til førstvoterende i Conoco-Philips dommen. Det er også gjort en vurdering av eventuelle virkninger som kan oppstå som følge av fisjon med påfølgende aksjesalg. Til slutt er det prøvd om skattyters motivasjon kunne tenkes å tilføre disposisjonen en egenverdi. Selv om det kan tenkes i visse situasjoner, blir det vanskelig å argumentere for at dette er tilfellet i vårt eksempel. Det er fordi det forutsettes at fisjon og påfølgende aksjesalg er transaksjoner som hovedsakelig blir en direkte konsekvens av ønsket om avhende en eiendel.

Det neste spørsmålet er om det vil stride mot de aktuelle skattereglene å legge disposisjonen til grunn slik den er tiltenkt mellom kjøper og selger.

5.3.4 Vil det stride mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn?

Her er det virkningen av å opprettholde den konkrete disposisjonen som må holdes opp mot formålet til fritaksmetoden og skattefri fisjon. Det er konstatert at egenverdien (forretningsmessig verdi utover skatterettslige virkninger) ikke er stor i vårt eksempel, og det er konkludert med at også grunnvilkåret er oppfylt. Til tross for nevnte konklusjon, må likevel formålet med disposisjonen stride mot de nevnte skattereglers formål. Sagt på en annen måte vil en skattemotivert transaksjon med liten eller ingen forretningsmessig egenverdi stå seg mot en skatterettslig vurdering dersom den privatrettslig og skatterettslig er kurant og den ikke strider mot formålet med noen skatteregler. Uten å gå inn i en alt for teoretisk drøftelse om terminologi og innhold, påpekes det at det som tidligere ble omtalt av Høyesterett som spørsmålet om lojalitet⁸² har en side mot dagens formålsvurdering. Om de er synonymer problematiseres ikke i det videre, men Einar Harboe syntes å være av den oppfattelse når han behandler formålsprøvingen og lojalitetstesten i sin bok Skattemessig Gjennomskjæring⁸³ under ett:

”Som nevnt er det ikke tilstrekkelig for gjennomskjæring at hovedformålet med disposisjonen har vært å spare norsk skatt. I tillegg kreves at disposisjonen ut fra en totalvurdering fremstår som illojal eller stridende mot skattereglenes formål” (min understrekning).

Om vurderingen omtales som det ene eller andre, er likevel kjernen i vurderingen om skattyters motivasjon med videre disposisjoner medfører at vedkommende har opptrådt i strid med reglenes formål. En naturlig start er da å se på formålet med de berørte regler.

Fritaksmodellens formål

⁸² Se rt. 2006 s. 1199

⁸³ ”Skattemessig Gjennomskjæring”

Når det gjelder formålet med fritaksmodellen kan den oppsummeres med unngåelse av kjedebeskatning og ”skattemessig likebehandling av virksomheter uavhengig av organsisasjonsform”⁸⁴. Videre er det i forarbeidene påpekt nettopp den muligheten selskapene får til å gjennomføre fisjon med påfølgende aksjesalg fremfor å selge gjenstanden direkte ved innførelsen av fritaksmetoden.⁸⁵

I denne forbindelse påpekes det at et skattesubjekt ikke er forpliktet til å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig. Det vurderes eventuelle tiltak mot slik tilordning som en kombinasjon av fisjon og fritaksmetoden kan innby til. Det er særlig to problemer som oppstår i forbindelse med denne type transaksjoner, nemlig at ”varer tilvirkes innenfor rammene av et selskap, med påfølgende salg av aksjene” og ”den faktiske asymmetrien som oppstår” ved at realisasjon av anleggsmiddel som gir gevinst gjøres ved fisjon med påfølgende aksjesalg, mens realisasjon med tap gjøres direkte, og tapet fradragsføres.

Innledningsvis påpekes det at:

”Departementet legger til grunn at man ideelt sett burde unngå å basere seg utelukkende på ulovfestet gjennomskjæring for å hindre tilpasninger som omhandlet her”.

Det konkluderes med at departementet skal se utviklingen ann før det fremmes eventuelle forslag for å unngå asymmetrien og muligheten for å legge tilvirkningen av anleggsmiddel i eget selskap⁸⁶.

I forbindelse med drøftelsen av muligheten for å legge tilvirkningen i et eget selskap er dette av særlig interesse for oppgavens tilfelle. Tilvirkning ”innenfor rammene av et selskap” er i utgangspunktet det som er tilfellet hos oss. SP er byggherre, og TS sin tilvirkning medfører at eksempelet i utgangspunktet faller i kjernen av det som er behandlet i forarbeidene i forbindelse med å legge tilvirkningen ”innenfor rammene av et selskap”. Det er ikke uvanlig å legge den faktiske tilvirkningen til datterselskaper ved tilvirkning av anleggsmidler, spesielt de som innebærer store økonomiske tilvirkningskostnader som igjen medfører en økonomisk risiko for tilvirker under tilvirkningsprosessen fordi selskapet må binde opp vesentlig kapital i prosjektet og fordi selskapet som helhet står ansvarlig for kostnadene. Sistnevnte risiko kan reduseres ved fisjon og tilvirkning i det utfisjonerte datterselskapet. Her vil det foreligge forretningsmessige gode grunner for å utføre fisjonen.

⁸⁴ Ot prp. nr. 1 (2004-2005) avsnitt 6.1

⁸⁵ Ot prp nr. 1 (2004-2005) avsnitt 6.5.6.1

⁸⁶ Ot prp nr. 1 (2004-2005) avsnitt 6.5.6.5

Likevel har vi gjennomgående redegjort for hvordan risikoen mellom partene er fordelt. Gjennom omfattende reguleringer av risiko er det TS som tilsynelatende innehar det meste av risikoen med prosjektet. Sett under ett kan det anføres gode argumenter for at SP sin rolle blir svært passiv og begrenset i forbindelse med byggeprosessen som følge av fullmakter og TS sin direkte og indirekte innflytelse på hvordan SP skal disponere. Poenget her er at opplegget kan føre tanken hen til at TS kan bli å anse som den reelle byggherre, eller i alle fall at tilvirkning ikke kan anses for å ligge innenfor rammene av et selskap (SP). Hvis dette blir tilfellet vil ikke vårt eksempel være omfattet av forarbeidenes vurdering av om slike tilvirkningsselskaper skal bli gjenstand for ytterligere reguleringer i forhold til fisjon med påfølgende aksjesalg.

Om et opplegg med fisjon og påfølgende aksjesalg kan sies å bli omfattet av forarbeidenes vurderinger, vil bero på en konkret vurdering. I vårt eksempel har vi forutsatt at tilvirkningsavtalen mellom SP og TS ikke bærer preg av at partene er nærstående. Det kan nok også tenkes andre forhold som medfører at tilvirkning ikke kan sies å ligge innenfor rammene av eierselskapet.

Dersom en situasjon skulle oppstå hvor oppføring av bygg ikke kan sies å ligge innenfor rammene av eierselskapet, vil dette ha betydning for forarbeidenes videre uttalelser:

”Etter departementets vurdering bør man avvente de nærmere erfaringene med fritaksmetoden, før det tas endelig stilling til hvorvidt det er behov for en slik regel”

,samt departementets påpekning av at man burde unngå å anvende ulovfestet omskjæring i de tilfellene som er behandlet. Skulle tilvirkningen ikke være ”innenfor rammene av et selskap” er det ikke noe i forarbeidene som tilsier at ulovfestet gjennomskjæring ikke skal kunne anvendes som grunnlag for å eventuelt omklassifisere og tilordne aksjevederlaget annerledes enn det som er partenes intensjon. Dette behandles videre under punkt 7.

Oppsummeringsvis virker det som at tilvirkning i egne tilvirkningsselskaper med påfølgende aksjesalg er behandlet av lovgiver, og at det anses for kurant enn så lenge, og at opplegget i utgangspunktet ikke skal bli gjenstand for ulovfestet gjennomskjæring. Dette er under forutsetningen av at tilvirkningen faktisk skjer ”innenfor rammen av et selskap”.

Hva som ligger i dette uttrykket har ikke vært enkelt å finne ut, men det er tydelig at det går en grense for hvilke opplegg som er kurant og ikke kurant i forhold til forarbeidene, og videre hvilke opplegg som kan bli gjenstand for ulovfestet gjennomskjæring. Dersom opplegget ikke skulle anses for å være omfattet av forarbeidene kan det spørres om ulovfestet gjennomskjæring da blir det mest nærliggende grunnlaget for omklassifisering og tilordning.

Hvis tilvirkning ikke ligger innenfor rammene av et selskap, og det må anses for klart at skattyter med vitende vilje er klar over dette, men overfor skattemyndighetene har ment at tilvirkningen ligger innenfor rammene av et datterselskap aner vi fort konturene av et pro-forma opplegg. Samtidig påpekes de høye beviskrav i forbindelse med dette opplegget.

Det kan også tenkes at skattyter er av den oppfatning at opplegget er kurant, og hevder dette overfor skattemyndighetene, men at skattemyndighetene er uenig. Et alternativ for å gripe til ulovfestet gjennomskjæring kunne da vært lovtolkning av regler som regulerer forholdet mellom skattyter som er tilvirker og det angivelig påståtte tilvirkningsselskapet, typisk entreprise-regler.

Det må likevel antas at det kun blir de groveste tilfellene hvor forholdet mellom TS og SP ikke er kurant som kan bli gjenstand for eventuell omklassifisering og tilordning. At risiko for SP som byggherre er kraftig redusert gjennom kompliserte kontrakter kan likevel ikke medføre at tilvirkningen ikke kan anses for å ligge innenfor rammene av et selskap.

På dette punktet kan opplegget altså ikke sies å stride mot formålet til fritaksmodellen.

Når det gjelder assymetrien som oppstår som følge av aksjesalg ved eventuell gevinst på eiendom, men ordinært salg dersom det foreligger tap står saken i en enklere stilling. Her har lovgiver påpekt assymetrien, men vært avventende med å komme med endelige tiltak for hva som kan gjøres for å motvirke dette. Dette må medføre at opplegg med fisjon og aksjesalg ikke foreløpig kan falle som følge av eventuell assymetri som oppstår. Dette må per i dag gjelde for opplegg som omfatter bygg under oppføring, samt bygg som er eller blir lagt til datterselskap i forbindelse med fremtidig salg.

Sett i forhold til det grunnleggende formålet med fritaksmetoden om å unngå kjedebeskatning, og uttalelsene i forarbeidene med tanke på forhold til fisjon med påfølgende aksjesalg, kan ikke vårt opplegg anses for å stride mot formålet med reglene for fritaksmetoden. Å utnytte fritaksmetoden for å få en skattekreditt i form av latent skatt på gevinst kan ikke sies å være i strid, men i samsvar med fritaksmetoden. Det er nettopp slike skattekreditter som blir en direkte følge av at blant annet aksjeselskaper ikke (umiddelbart) må skatte av gevinst på aksjesalg eller ved utbytte fra blant annet datterselskap. Når man i tillegg kan se bort fra eventuell assymetri som kan oppstå som følge av valgfrihet mellom ulike måter å velge og håndtere realisering av anleggsmiddel forsterkes synspunktet om at det ikke foreligger formålsstrid.

Fisjonsreglenes formål

Når det gjelder formålet til fisjonsreglene bygger de også på likebehandling av ulike selskapsformer og selskapsstrukturer og videre å ”ivareta næringslivets behov for å organisere næringsvirksomhet på den til enhver tid mest hensiktsmessige måte ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger”⁸⁷. Videre påpekes det at ”Omorganiseringer som i hovedsak er skattemessig motivert bør derfor ikke komme inn under skattefritaket”.

Fisjon er som nevnt ikke uvanlig ved tilvirkning av større anleggsmidler. Det kan føres gode argumenter for at en fisjon i slike tilfeller kan fremstå som den mest optimale måten å organisere slik tilvirkning på. Likevel påpeker forarbeidene at omorganiseringer hvor det hovedsakelig foreligger skattemessige motiver ikke bør omfattes av reglene for skattefri fisjoner. Her er imidlertid et poeng at det er ikke fisjonen i seg selv som medfører noen skattefordel, det er fritaksmetoden som fører til dette. Det kan av denne grunn vanskelig hevdes at fisjonen isolert sett var skattemessig motivert, og strider mot formålet om rasjonell organisering i næringslivet. I Conoco-Philips syntes det heller ikke problematisk, og førstvoterende påpeker i avsnitt 60:

” ... er det etter mitt syn generelt ikke noe å innvende mot overføring av eiendom gjennom skattefritt salg av aksjene i et datterselskap hvis eneste eiendel er den faste eiendommen som ønskes solgt. Med dette som utgangspunkt har jeg vanskelig for å se at det skulle stille seg annerledes om denne situasjonen- som i vår sak oppnås gjennom en fisjon.”

Også i vår sak er det fisjonen som medfører at TS får utnyttet fritaksmodellen og får gjennomført realisasjon av eiendom gjennom aksjesalg av SP. Gjennom allerede siterte avsnitt 60 kan vi også slutte at fisjonen er kurant selv om skattyters hovedformål med fisjonen måtte være skattebesparelse. Dette begrunnes med at fisjonen vanskelig kan sies å stride mot fisjonsreglenes formål og at forarbeidene til fisjonsreglene må ”leses i lys av den senere innførte fritaksmodellen”⁸⁸. Dette synspunktet må også sies å gjelde i vårt eksempel selv om eiendelen blir skutt ut i overtakende selskap, og ikke forblir i det overdragende selskap slik som i Conoco-Philips dommen.

Et viktig spørsmål dommen tok stilling til er den tidsmessige nærheten i transaksjonene, altså fisjonen og avtalen om aksjesalg. På generelt grunnlag konstateres det at når man aksepterer overdragelse av eiendom ved fisjon med påfølgende aksjesalg kan det ikke være av betydning hvorvidt transaksjonene befinner seg tidsmessig nært hverandre. Argumentet om tidsmessig

⁸⁷ Ot prp. nr. 71 (1995-96) avsnitt 2.3.5.4

⁸⁸ Rt. 2014 s. 227 avsnitt 59

nærhet må også komme til anvendelse i vår sak. Tidligere var det ikke helt klart hvordan nærheten mellom beslutning om realisasjon av eiendom og fisjon medførte gjennomskjæring eller ikke. I dommen kan det spores effektivitetsbetraktninger når førstvoterende påpeker at aksjeselger uansett kunne unngått gjennomskjæring ved å utfisjonere før avtale om aksjesalg var på plass. Derfor kan det ikke være avgjørende i hvilken rekkefølge fisjon og salg skjer.

Etter min mening har avgjørelsen gode grunner for seg. Hadde det vært slik at fisjon i tilstrekkelig tid forut for salg hadde vært kurant, mens fisjoner hvor intensjoner eller avtale om salg skjer forut for fisjonen ble rammet ville dette bare medført at morselskaper sikrer seg mot dette ved å skyte ut vesentlige anleggsmidler i eierselskaper for å sikre seg mot gjennomskjæring ved eventuelt fremtidig salg. Dette uavhengig av om anleggsmiddelet noen gang planlegges solgt. På denne måten vil morselskapet utføre mange unødvendige fisjoner som får lite eller ingen effekt i forhold til eventuell gevinstbeskatning ved realisasjon dersom anleggsmiddelet ikke blir solgt. I tillegg vil dette medføre merkostnader for morselskapet.

5.3.5 Alternative tilordninger

Dersom TS hadde tilvirket anleggsmiddelet hos seg selv, og deretter utskutt eiendommen ut i et datterselskap som dermed hadde blitt solgt, kunne TS oppnådd samme resultat. Realiteten i dette opplegget hadde riktignok vært en svært annen for TS, i og med at K ikke hadde sørget for finansieringen av byggekostnadene slik som ved vårt opplegg. Ved å tilvirke i eget selskap hadde også TS som selskap vært eksponert for direkte risiko i forbindelse med prosjektet. Muligheten for selv å kunne velge og påta seg ansvar på vegne av et datterselskap er ikke lenger tilstede. Her er vi i en posisjon hvor TS må ta fullstendig risiko ved oppføring av anleggsmiddel. I vårt eksempel har selger og kjøper sammen vurdert hvilken risiko de involverte parter skal ta på seg. Foruten å selv måtte sørge for finansiering av byggekostnadene, vil den øvrige risikoen stort sett være den samme som i vårt eksempel i og med at her hadde TS påtatt seg inngående risiko i forbindelse med oppføringen. Dette alternative opplegget er ikke like reelt for alle tilvirkere. Alternativet er avhengig av at TS klarer å finansiere byggekostnadene på egenhånd. Her er det klart at det er situasjonsavhengig av hvilke selskapet som er i stand til dette, og hvem som ikke er det.

Det er likevel en interessant tanke for de selskap hvor dette kunne vært aktuelt. Dette opplegget syntes også å ligge nærmere opp til transaksjonen som fant sted i Conoco-Philips dommen. Riktignok er det aksjene i det overtakende, og ikke det overdragende selskapet som gjenstand for aksjesalget. På denne måten kan man unngå at representanter fra skattemyndighetene går inn og prøver hvorvidt anleggsgjenstanden er tilvirket innenfor rammene av et selskap.

På den annen side gir dette alternative opplegget større rom for å anse fisjonen som et unødvendig mellomledd i transaksjonskjeden. Samtidig må det minnes om at nærhet og rekkefølge av fisjon og aksjesalg i Conoco-Philips dommen ble knesatt til å være av likegyldig betydning.

5.3.6 Konklusjon for vårt tilfelle

Gjennom punkt 5 er det blitt gjort en vurdering av hvorvidt ulovfestet gjennomskjæring får anvendelse på det gjennomgående eksempelet vårt. Til tross for at det dominerende skattemotiv, og at det i vårt tilfelle er vanskelig å spore annen forretningsmessig egenverdi utover skattebesparelsen, består likevel opplegget det Harboe omtaler som lojalitetstesten. Opplegget er altså ikke i strid med formålet til verken fisjonsreglene eller fritaksmodellen. Når det gjelder formålsvurderingen i forhold til fritaksmodellen er det avgjørende at lovgiver med åpne øyne har vurdert fisjon med påfølgende aksjesalg, men likevel forholdt seg passiv hva gjelder opprettelsen av formelle regler som kan begrense skattefriheten som fritaksmodellen legger opp til. I tillegg har lovgiver uttrykkelig påpekt at ulovfestet gjennomskjæring ideelt sett ikke burde komme til anvendelse forutsatt at tilvirkningen skjer innenfor ”rammene av et selskap”.

Når det gjelder tilvirkning innenfor ”rammene av et selskap” ble det gjort oppmerksomt på at det ikke er klar hva som ligger i uttrykket. Likevel må vårt skisserte opplegg sies å falle inn under uttrykket i forarbeidene, til tross for omfattende risikoreduksjon for både SP og K. Det kan likevel tenkes situasjoner hvor opplegget anses for å være så aggressivt at det sprenger grensene for hva som ligger i forarbeidenes uttrykk ”rammene av et selskap”. Da er det naturlig og selvfølgelig at ulovfestet gjennomskjæring kan anvendes som rettslig grunnlag ved den skatterettslige vurderingen. Selv om forarbeidene som sagt har vært observante på tilpasninger som kan finne sted ved bruk av fisjon med påfølgende aksjesalg, er det ikke det samme som at alle slike opplegg er kurante i forhold til den skatterettslige vurderingen. Her vil den konkrete situasjonen være avgjørende for om gjennomskjæring er aktuelt.

6 Konsekvenser ved gjennomskjæring

Som konklusjonen over viser er det for vårt eksempel ikke adgang til å anvende ulovfestet gjennomskjæring. Det kan likevel tenkes å forekomme mer aggressive opplegg som kan bli gjenstand for gjennomskjæring. Det er derfor av interesse å se hva eventuelle konsekvenser av slik gjennomskjæring måtte ha blitt dersom saken gjaldt aksjesalg som involverte et nyoppført bygg.

Den mest nærliggende konsekvensen syntes å bli og anse gevinsten fra skattefri aksjegevinst til være skattepliktig gevinst som følge av realisasjon av eiendom fra TS til K. Her behandles

først hvilke problemer som kan oppstå ved en slik ordning, samt om disse problemene i seg selv kan tilsi at gjennomskjæring likevel ikke skal finne sted.

Ved en slik ordning vil det for det første påløpe en skatteplikt for selger. Her har det i teorien⁸⁹ blitt presentert motforestillinger mot å beskatte selger ved slike tilfeller. I hovedsak går motforestillingene ut på betenkelighetene ved å ramme fisjon med aksjesalg hvor eksisterende eiendommer ligger eller blir lagt til datterselskaper, også dersom dette hovedsakelig er gjort med tanke på videresalg i fremtiden. Ved å skjære gjennom den type transaksjoner vil det kunne bety en komplikasjon ved transaksjoner som er akseptable, nemlig når eiendommen eksisterer og det er klart at den tilhører eiendomsselskapet. Aksepten for slike transaksjoner må anses senest for å ha blitt gitt av Høyesterett i Conoco-Philips. Ved gjennomskjæring av noen type fisjoner med påfølgende aksjesalg men ikke andre kan det gi opphav til favorisering og forskjellbehandling av hvordan selskaper må innrette/strukturere seg med tanke på eventuelt videresalg av ervervet eller ferdigtilvirket anleggsmiddel. Her kommer formålet om likebehandling ved fisjoner inn som et argument for å ikke skjære gjennom nevnte type transaksjoner.

Et annet forhold ved omklassifisering er den økonomiske forrykkelsen som skjer i forhold til kjøper og selger. I forhold til selger vil det ved omklassifisering inntre en gevinstbeskatning som på selgers side ikke var innkalkulert i aksjesalget mellom kjøper og selger. Det er naturlig å anta at aksjevederlaget i alle fall hadde blitt et annet dersom selger hadde måttet kalkule inn risikoen for gjennomskjæring og gevinstbeskatning ved transaksjonen. Alternativt hadde det vært en løsning å innta en klausul i avtalen om regulering av kjøpesummen dersom transaksjonen ble gjennomskjæret.

På kjøpersiden vil ikke en gjennomskjæring få direkte konsekvenser. Et godt poeng Liland⁹⁰ imidlertid påpeker er at ved gjennomskjæring burde det skje en oppregulering av den skattemessige verdien for kjøper. Hvis dette blir aktuelt vil kjøper bli tildelt en tilfeldig gevinst i og med at økt skattemessig verdi vil medføre økt skattemessig avskrivningsgrunnlag, noe kjøper allerede er blitt kompensert for gjennom en rabatt i aksjesalgsavtalen.

Hvis kjøper der i mot ikke får oppregulere verdien, vil det skje en uheldig skattlegging av eiendommen. For det første vil det skje en gevinstbeskatning på selgers hånd. For det andre vil det skje en beskatning av den samme gevinsten på kjøpers hånd dersom eiendommen selges direkte, og til slutt vil det skje en beskatning av denne gevinsten når den deles ut som ut-

⁸⁹ Liland s. 353

⁹⁰ Liland s. 356

bytte til aksjonærer. Her kan det etter min mening ha svært gode grunner for seg å påstå at en slik situasjon i sterk grad vil stride mot fritaksmetodens formål om å unngå kjedebehandling. Dette tilsier at en oppregulering på kjøpers hånd burde finne sted ved gjennomskjæring og omklassifisering. Motstykket til dette blir at kjøper står igjen med en tilfeldig gevinst, mens selger står igjen som tapende part med en gevinstbeskatning transaksjonen ikke tok høyde for.

Kan dette tilsi at omskjæring likevel ikke burde finne sted? Kjøpers tilfeldige gevinst ved gjennomskjæring burde ikke kunne brukes som argument for at selger ikke ilegges gevinstbeskatning ved gjennomskjæring. Selger har da som utgangspunkt forsøkt å omgå en beskatning av gevinst, og det burde syntes primært at omgåelse rammes, fremfor å fokusere på bi konsekvensen for kjøper. Det er jo nettopp uakseptabel omgåelse av skatt gjennomskjæringsnormen primært skal ramme, uten å måtte ta høyde for økonomiske forrykninger i de private disposisjoner som er gjort. Videre vil også en asymmetri tilsi at eiendommen burde oppreguleres for å unngå de uheldige konsekvensene ved å på den ene siden behandle transaksjonen som realisasjon av eiendom på selgersiden, men ikke legge samme forhold til grunn på kjøpersiden ved å ikke oppregulere skattemessig verdi. Hensyn til symmetri tilsier en slik løsning.

7 Avsluttende bemerkninger

Etter å ha sett nærmere på transaksjoner med fisjon påfølgende aksjesalg av nyoppførte bygg, er det konstatert at mange av de forretningsmessige egenverdi-momentene som gjør seg gjeldende for eiendom som har eksistert noe tid, ikke vil slå gjennom med samme tyngde i vårt eksempel. Likevel blir det vanskelig å angripe opplegget med ulovfestet gjennomskjæring som følge av forarbeidenes eksplisitte uttalelser om slike transaksjoner, og når man ser hen til skattereglenes formål.

Det er også blitt drøftet og konkludert med at ikke alle slike transaksjoner er kurant. Dersom tilvirkningen av et anleggsmiddel legges i et datterselskap må det være en realitet i dette, ellers må bygget anses for å tilhøre morsselskapet og ved aksjesalget av datterselskapet må det anses å foreligge salg av aksjer samt salg av eiendom fra mor til kjøper. Da vil det inntre gevinstbeskatning på ordinær måte. Det ble også vurdert om det da er nødvendig å anvende ulovfestet gjennomskjæring. Hvis det uansett ikke foreligger noe realitet i at det er i datterselskapet tilvirkningen pågår syntes det mer nærliggende med andre grunnlag enn ulovfestet gjennomskjæring.

Videre ble det stilt opp et alternativt opplegg hvor tilvirkningen ligger i morsselskapet, men hvor anleggsmiddelet deretter fisjoneres ut i et datterselskap og datterselskapet selges. Også en slik ordning må gå klar av en gjennomskjæring som følge av Conoco-Philips dommen. Nærhet i fisjon og aksjesalg kan ikke være avgjørende for hvorvidt det er aktuelt med gjen-

nomskjæring eller ikke. På denne måten unngår man problemstillingen som er nevnt i avsnittet over. Om det i virkelighetens verden er et reelt alternativ kan diskuteres. TS må da påta seg en vesentlig større risiko i forbindelse med selvstendig finansiering av byggekostnadene. Det sier seg selv at dette kan føre til at TS må låse opp kapital i form av forsikringer for å få finansiert prosjektet. Til gjengjeld slipper TS å risikere gjennomskjæring dersom forward-modellen velges og det viser seg at opplegget ikke skulle være kurant. Alternativet syntes mest nærliggende for de virkelig solide tilvirkningsselskapene.

Avslutningsvis ble det sett på hvilke konsekvenser en eventuell gjennomskjæring må medføre. Det naturlige syntes å være omklassifisering av aksjevederlag som ikke gjenspeiler eierselskapets verdier til å være gevinst ved realisasjon av eiendom. I tillegg tilsier symmetrihensyn at det må skje en tilsvarende skattemessig oppregulering av eiendommen på kjøpers hånd.

Det syntes også klart at dersom det skulle være ønskelig å gjennomskjære denne type transaksjoner kreves det aktive tiltak fra lovgiver.

8 Kilderegister

8.1 Lover

Sktl	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
Asl.	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
Asal.	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Lignl	Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)

8.2 Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 71 (1995-96)	Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper
Ot. prp. nr. 29 (1978-79)	Om ligningslov og endringer i andre lover
Ot prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005- lovendringer

8.3 Domsregister

Rt. 2006 s. 1232	Telenor
Rt. 1963 s. 478	Siraco
Rt. 2007 s. 209	Hex
Rt. 2014 s. 227	ConocoPhillips II
Rt. 2012 s. 1888	Dyvi

8.4 Rundskriv og vedtak

Rundskriv nr 12/2015 S

Toll- og avgiftsdirektoratets årlige rundskriv

Rundskriv G 06/2005

Den tinglysningsmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning.

8.5 Litteraturliste

Skatterett for næringsdrivende

Arthur J. Brudvik, *Skatterett for Næringsdrivende*. 37. utgave
Cappellen Damm, 2014

Bedrift, selskap og skatt

Fredrik Zimmer (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR *Bedrift, selskap og skatt*. 4. utg. Oslo 2006

Zimmer 2010

Fredrik Zimmer (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utg. Universitetsforlaget 2010

Gjems- Onstad

Ole Gjems-Onstad *Norsk Bedriftsskatterett*, 8. utg. Gyldendal Akademisk, 2012

Banoun

Bettina Banoun. *Omgåelse av skattereglene; en studie av høyesterettspraksis*. Cappellen 2003

Liland

Anders H. Liland. Gjennomskjæring av fisjon og etterfølgende aksjesalg- Illojalt eller i strid med skattereglenes formål?. Universitetsforlaget, Skatterett nr. 4 2012

8.6 Nettdokument

- Ståle O. Meleng, *Gode lånevilkår med forward-transaksjoner* (2010)
<http://www.wiersholm.no/aktuelt/Pages/Godel%C3%A5nevilk%C3%A5r.aspx>
(Lest 10.2.2015)
- Thor Arne Brun, *Setter standarden for forward*(2010)
<http://www.estatenyheter.no/index.php/5-nyheter/nyheter/2526-setter-standarden-for-forward118>
(Lest 10.2.15)

- MEGLERSTANDARD- Egentlig forward, nr. 1 12/12
<https://www.google.no/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=meglerstandard%20egentlig%20forward>
 (Lest 17.2.15)
- Prof. Fredrik Zimmer, *Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?* (2010)
<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gUTVz2D2010z2D1073> (Lest 20.2.15)
- Odd Einar Parr, *Slik blir skatten når du kjøper eiendom* (2010)
http://www.hegner.no/juss/spor_advokaten/artikkel446234.ece (Lest 3.3.15)
- Hans Cappelen, Å være byggherre (ukjent)
<http://www.cappelen-krefting.no/artikler/01aavaerebyggherre.htm> (Lest 14.3.15)

8.7 Annet

- <http://no.wikipedia.org/wiki/Fritaksmetoden>
- <https://snl.no/byggeleder>
- <http://no.wikipedia.org/wiki/Byggeleder>

8.8 Vedlegg

”Selger garantier- Mager trøst eller gull og grønne skoger”, utgitt av Wikborg Reins Nærings-eiendom ”Update 2011”

SELGERS GARANTIER – MAGER TRØST ELLER GULL OG GRØNNE SKOGER

Et garantitilsagn innebærer vanligvis et løfte om å inntre rent objektivt for de forhold som tilsagnet omfatter. Garantien vil med andre ord kunne påføre selger et utvidet erstatningsansvar i forhold til hva han ville hatt etter bakgrunnsretten, eller i henhold til kontraktens bestemmelser om mangler. Samtidig kan garantier være kombinert med så vidtgående ansvarsfraskrivelser at garantiansvaret blir illusorisk.

Garantiansvar og ordinært mangelsansvar – garantien innebærer en særskilt tilsikring og et sterkere erstatningsrettslig vern for kjøper

Ved salg av aksjer i eiendomsselskaper vil kjøpekontraktens garantibestemmelser kunne omfatte både aksjene og selskapet, i tillegg til selve eiendommen. Garantien er en særskilt ansvarserklæring fra selger til kjøper idet den som utgangspunkt gir en mer eller mindre ubetinget rett til å gjøre krav gjeldende i garantiperioden, uavhengig av de reklamasjonsfrister som kjøps- og avhendingsloven oppstiller.

Felles for garantiene er at et brudd som utgangspunkt medfører erstatningsplikt for selger, uavhengig av skyld, med mindre garantien selv gir anvisning på en annen rettsvirkning. Garantienes funksjon er dermed primært knyttet opp mot kjøpers krav på erstatning. Her ligger også en sentral forskjell mellom selgers garantiansvar og selgers regulære mangelsansvar.

Hvor det foreligger en mangel ved eiendommen, vil kjøper kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser etter avhendingslovens regler, mens kjøpsloven som utgangspunkt vil gjelde hvor mangelen knytter seg til aksjene eller selskapet som sådan. Mangelskravene på kjøpers hånd

vil primært være retting, prisavslag eller i ytterste konsekvens heving av kjøpekontrakten. Grunnlaget for misligholdsbeføyelsen er i disse tilfeller det faktum at selgers ytelse er mangelfull, uavhengig av i hvilken grad selger kan klandres for det aktuelle forholdet.

En mangel kan også gi kjøper krav på erstatning. Etter den alminnelige erstatningslære må det imidlertid foreligge et ansvarsgrunnlag for at erstatningsplikt skal inntre. Som utgangspunkt må det påvises uaktsomhet hos den påstått ansvarlige. Avhendings- og kjøpsloven opererer i tillegg med et såkalt *kontrollansvar*, hvor det sentrale vurderingstema er hvorvidt det tapsbringende forhold lå innenfor eller utenfor selgers kontroll. Kontrollansvaret blir ofte betegnet som en krysning mellom skyldansvar og objektivt ansvar; terskelen er høyere enn for objektivt ansvar, men lavere enn for skyldansvar.

Avhendingslovens sonndring mellom skyldansvar og kontrollansvar får betydning for erstatningsutmålingen. Dette idet kontrollansvar kun gir erstatningsgrunnlag for kjøpers *direkte tap*. Erstatning for *indirekte tap* forutsetter at det i tillegg foreligger skyld. Sonndringen medfører således

en begrensning av selgers ansvar for fjernere tapsposter, som ofte er vanskeligere å kalkulere på forhånd. For begge tapskategorier gjelder i tillegg den alminnelige begrensning at kun *påregnelige tap* kan kreves erstattet. Påregnelige tap er tap som selger med rimelig grunn kunne forutsett som en følge av kontraktsbruddet. Et påregnelig direkte tap kan typisk være kjøpers kostnader knyttet til utbedring av mangelen. Tapte leieinntekter mens utbedringen pågår, vil derimot kunne være et påregnelig, men indirekte tap.

Ved brudd på selgers garantier vil erstatningsutmålingen følge den alminnelige ulovfestede erstatningslære. Her finnes det ikke et tilsvarende skille mellom direkte og indirekte tap. Selgers objektive ansvar for garantibrudd innebærer dermed som utgangspunkt en plikt til å erstatte kjøpers fulle påregnelige, økonomiske tap.

Hvor det foreligger et garantibrudd, vil det samme forhold også kunne utgjøre en regulær mangel. Kjøper vil da ha valget mellom å gjøre gjeldende de alminnelige mangelsbeføyelser eller å kreve erstatning i medhold av garantien. Sistnevnte vil normalt være å foretrekke. I praksis kan garantibestemmelser likevel, både i

